DIE

HAFTUNG DRITTER

NACH

BAYERISCHEN, PREUSSISCHEN UND REICHS-STRAFGESETZEN.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FACULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR

ERLANGUNG DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN
DOCTORWÜRDE

VORGELEGT VON

LEOFRID REUSS,
RECHTSPRAKTIKANT AUS WÜRZBURG.

WÜRZBURG 1900.
VERLAG VON GNAD & CIE.
(KARL AMSLINGER.)

DIE

HAFTUNG DRITTER

NACH

BAYERISCHEN, PREUSSISCHEN UND REICHS-STRAFGESETZEN.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FACULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR

ERLANGUNG DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN
DOCTORWÜRDE

VORGELEGT VON

LEOFRID REUSS,
RECHTSPRAKTIKANT AUS WÜRZBURG.

WÜRZBURG.
DRUCK DER KGL. UNIVERSITÄTSDRUCKEREI VON H. STÜRTZ.
1900.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549806_0002

Inhalts-Übersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Geschichtliche Zusammenhänge 5

I. Hauptstück.

Die rechtliche Natur der Haftung Dritter für Delikte nach geltendem Recht im allgemeinen — das Haftungsprinzip.

§ 3. Begriff der Haftung Dritter 9

I. Kapitel.

Die Quellen.

§ 4. Die Gesetze zum Schutze des Waldes und Feldes, der Jagd u. Fischerei 11
§ 5. Die Haftungsnormen der Zoll- und Steuerstrafgesetze 15

II. Kapitel.

Die Anschauungen der Doktrin über die rechtliche Natur des Instituts.

§ 6. Die Zivilrechtstheorien 18
§ 7. Die Mischtheorien 21
§ 8. Die Strafrechtstheorien 23

III. Kapitel.

Die Entstehungsgeschichte der geltenden Gesetze und die Auffassungen des Gesetzgebers über die rechtliche Natur des Instituts.

§ 9. Das bayerische Recht 33
§ 10. Das preussische Recht 53
§ 11. Das fiskalische Recht 65
§ 12. Anhang: Die Entstehung des § 361 Z. 9 R.St.G.B. 66

IV. Kapitel.

Dogmatische Erörterung im allgemeinen.

I. Abschnitt:

Abweisung der ausschliesslich zivilistischen Konstruktion und Abgrenzung der kriminellen Haftung gegenüber der zivilen.

§ 13. Schadensersatz und Strafe 67
§ 14. Die Haftung für Strafe als analoge Ausgestaltung der zivilen Haftung für fremde Schuld 71
§ 15. Versuch der zivilistischen Konstruktion aus anderen Gesichtspunkten . 73

II. Abschnitt:

Das Prinzip der kriminellen Haftung.

§ 16. Strafe und Schuld 74
§ 17. Das persönliche Verhältnis zwischen Thäter und Haftbarem 76
§ 18. Verschulden und Kausalität des Haftbaren 78
§ 19. Begründung der Haftung aus dem Garantiegedanken 80

Seite

II. Hauptstück.

Die Haftungsverhältnisse im näheren und die Konsequenzen des Haftungsprinzips.

V. Kapitel.

Juristische Konstruktion der Haftungen des geltenden Rechts im einzelnen.

§ 20. Vorbemerkung: Das äussere und das innere Verhältnis bei der Haftung 87
§ 21. Die unmittelbare und die mittelbare Haftung der beiden preussischen Gesetze 89
I. Das äussere Verhältnis bei der unmittelbaren Haftung im Gegensatz zur mittelbaren 89
II. Konstruktion des inneren Verhältnisses 91
III. Das äussere Verhältnis bei der mittelbaren Haftung 99
IV. Alternativ-subsidiäre Garantie 100
§ 22. Die Haftungen des bayerischen Rechts 101
I. Der äussere Gegensatz von mittelbarer und alleiniger Haftung nach Forstrecht 101
II. Juristische Konstruktion der Fälle des art. 69 u. 70 des Forstgesetzes bezüglich des inneren Verhältnisses 103
III. Das äussere Verhältnis bei der mittelbaren Haftung 129
IV. Auslegung des art. 88 des Forstgesetzes 130
V. Die Haftung des art. 122 des Polizeistrafgesetzbuches 136
§ 23. Die subsidiarische Vertretungsverbindlichkeit des Reichsrechts . . . 138
I. Vorbemerkung 138
II. Die Judikatur 139
III. Juristische Konstruktion 145

VI. Kapitel.

Ne bis in idem.

§ 24. Die Haftung des § 361 Z. 9 des Reichsstrafgesetzbuches 155
§ 25. Verhältnis des § 361 Z. 9 R.St.G.B. zu den Spezialhaftungen . . . 159
§ 26. Konkurrenz von Thäterschaft bezw. Teilnahme mit Garantie der Spezialgesetze und des § 361 Z. 9 R.St.G.B. 162
§ 27. Kumulation von Haftungen nach den Spezialgesetzen selbst 166

VII. Kapitel.

Bemessung der Haftung nach dem fremden Delikt.

§ 28. Die absolute Bemessung der Haftungsstrafe im Zusammenhang mit dem Ersatz 168
§ 29. Einfluss der in der Person des Thäters vorliegenden Strafschärfungsgründe 172
§ 30. Einfluss der Schuldausschliessungsgründe — Haftung Deliktsunfähiger und Stellung des gesetzlichen Vertreters 173
§ 31. Wirkung der Strafausschliessungsgründe 178

Seite

VIII. Kapitel.

Ergänzende Erörterungen.

§ 32. Regress 187
§ 33. Die Lehre von der kriminellen Bürgschaft 194
§ 34. Haftung und Strafbarkeit juristischer Personen 196

IX. Kapitel.

Prozessuales.

§ 35. Feststellung und Verhängung der Haftung im Strafverfahren im allgemeinen 202
§ 36. Die prozessuale Stellung des Haftbaren 203
§ 37. Besondere Verfahrensbestimmungen der Gesetze 211
§ 38. Adhäsion der Zivilansprüche 217
§ 39. Haftung für die Kosten 222
§ 40. Die Vollstreckung der Haftung 224
§ 41. Schlusswort 225

§ 1.

Einleitung.

Die Entwickelungsgeschichte des Rechtes ist das getreue Spiegelbild der Entwickelungsgeschichte der Menschheit. Und das ist natürlich. Denn das Recht als die Regel der Gemeinschaft bildet sich aus dem Gefühle des jeweils Sozial-Notwendigen, welches hinwiederum abhängt von der Höhe der erreichten Kulturstufe der Recht produzierenden Gesamtheit, und dem entspricht die gröbere oder feinere Art und Weise, in der das Recht seine Zwecke durchzusetzen strebt. Der Begriff der Gerechtigkeit ist demgemäss kein absoluter, sondern nur ein sehr relativer.

Während so heute als einer der Fundamentalsätze unseres Rechtslebens, als wichtigstes Postulat der Gerechtigkeit der Satz erscheint: Keine Strafe ohne Schuld, sah das Recht auf weiter zurückliegenden Etappen und sieht es noch heute bei den Naturvölkern nur die objektive, nicht die subjektive Seite der That und ihrer Ursachen, und knüpfte an objektive, nicht an subjektive Momente die Reaktion gegen das Unrecht an. Je weiter die Menschheit in ihrer geistigen Entwickelung fortgeschritten ist, desto mehr tritt das persönliche Moment in den Vordergrund, desto sorgfältiger wird die psychische Seite, die geistige Beschaffenheit und die Willensschuld des Thäters beobachtet.

Die neuere Zeit hat daher den obigen Grundsatz fast allgemein durchgeführt und namentlich im schweren, dem eigentlichen Kriminalrecht die genau festzustellende Schuld des Thäters zur wichtigsten Voraussetzung der Bestrafung gemacht. Es gibt jedoch auch heute noch Gebiete leichteren Unrechts, woselbst die Strafe sich lediglich an objektive Verhältnisse ansetzt, und überwiegend nicht einmal eine Schuldpräsumtion das Mittelglied bildet, Gebiete, die ihrer Natur nach eines eigentümlichen Schutzes bedürfen und in denen neben dem kriminellen auch der polizeiliche Gesichtspunkt hereinspielt, neben besonderen kriminal-politischen Erwägungen auch besondere Zwecke das ausschlaggebende sind. Als Überrest des alten Polizeistaates sind die daraus entstandenen Gebilde in der That zu betrachten, darüber hinaus als Gegensatz zum allgemeinen Strafrecht in gewissem Sinne dem Bereiche des Polizeiunrechtes angehörend oder sich ihm doch nähernd und dadurch gegenüber jenem eine Sonderstellung einnehmend.

Diese pönalisierten Thatbestände liegen auf dem Grenzgebiete zwischen Verbrechen und Polizeiunrecht, wie z. B. eines der hierher

gehörigen Gesetze, das preussische vom 1. IV. 1880, trotzdem es auch rein strafrechtliche Thatbestände enthält, sich als Feld- und Forstpolizeigesetz bezeichnet.

Der Unterschied von Polizeiunrecht und Verbrechen, der als thatsächlicher und im Rechtsgefühl vorhandener unleugbar besteht, ist jedoch, was die Umgrenzung beider Begriffe anbelangt, ein ausserordentlich kontroverser. Die 6. Versammlung der internationalen kriminalistischen Vereinigung hat sich mit dieser Frage beschäftigt, ohne zu einem Resultat zu gelangen.

Umsoweniger kann hier eine Definition aufgestellt werden, doch möchte eben aus dem vorhin angeführten Momente die im folgenden anzustellende Untersuchung vielleicht einiges Material bringen, weshalb die kurze diesbezügliche Bemerkung gestattet sei.

Jedenfalls steht so viel fest, dass Polizeiunrecht und kriminelles Unrecht i. e. S. dem Kriminalunrecht i. w. S. als der Gesamtheit der Normübertretungen, die mit öffentlicher Strafe bedroht sind, unterfällt. Binding unterscheidet die Normen in Verletzungs- und Gefährdungsverbote und andererseits in Verbote schlechthin, indem der Gesetzgeber gewisse Handlungen absolut verbietet, ohne Rücksicht auf die konkrete Verletzung oder Gefährdung des zu schützenden Rechtsgutes und in die Gebote, welche nicht direkt den Schutz vor Verletzung, sondern die Förderung eines Rechtsgutes bezwecken. Diese und die Verbote schlechthin sind lediglich formales, nicht materielles Unrecht[1]), und so möchte ich diese beiden Gruppen unter den Begriff des Polizeiunrechts zusammenfassen, im Gegensatz zu den beiden erstgenannten Kategorien. Dem Polizeiunrecht ist eigentümlich, dass es, wie schon der Name sagt, mit der Verwaltung eng zusammenhängt, der blosse Ungehorsam tritt hier in den Vordergrund. Wenn man das Kriterium in dem Erfordernis oder Nicht-Erfordernis der Schuld hat finden wollen, so ist das in dieser Ausschliesslichkeit entschieden unrichtig. Wohl aber ist das Polizeirecht jedenfalls gegenüber der Verschuldungsfrage gleichgültiger als das Strafrecht, und insoferne gewinnt dieses Moment in Verbindung mit anderen hervorragende Bedeutung.

Mit obiger Umschreibung aber will durchaus keine Begriffsbestimmung gegeben, sondern nur festgestellt werden, dass das Polizeiunrecht ein Teil des kriminellen Unrechts i. w. S. ist, obwohl es zweifellos seine Eigenartigkeit in mannigfacher Beziehung bewahrt. Die Abgrenzung der Thatbestände ist vielmehr historisch zu betrachten, und da zeigt sich, dass „gewisse typische Thatbestände durchgängig dem Polizeiunrecht zugeteilt worden sind“[2]). Und aus diesem Grunde hat ein Redner auf jenem Kongresse nicht so Unrecht, wenn er sagt, es gebe eine Menge von Polizeiübertretungen, die eine Rechtsgüterverletzung bereits enthalten, z. B. Feldpolizeiübertretungen, Entwendung von Feldfrüchten und dergl., es müssten auch geringfügige Verletzungen als polizeiliches Unrecht betrachtet werden. Umgekehrt hat das R.St.G.B. eine Reihe reiner Polizeiübertretungen in den Übertretungsabschnitt aufgenommen und somit kriminell behandelt.

---

1) Vergl. Binding, Normen, 2. Aufl. II. 412.
2) Oetker in der oben bezeichneten Versammlung.

Diese Abhandlung soll nun, anknüpfend an eine ganz spezielle Erscheinung, mit zeigen, dass, wie bereits angedeutet, gewisse Gebiete leichteren oder doch der Volksanschauung leichter erscheinenden Kriminalunrechts[1]) und rein polizeilichen Unrechts eine geschlossene Stellung behalten haben gegenüber dem allgemeinen Strafrecht.

„Der Irrtum, das Polizeiunrecht sei ein Gebilde ganz eigentümlicher Art, teile nicht die allgemeinen Merkmale des Deliktes, hat nicht nur in der „Polizeiwissenschaft" und dem praktischen Rechtsleben sein Wesen getrieben, sondern auch die Gesetzgebung erheblich beeinflusst. Ist einmal zugegeben, dass es neben den repressiven Strafen auch solche gibt, die „Zwecke" verfolgen im Sinne der Schriftsteller über Polizeiwissenschaft, Strafen, die wesentlich als Verwaltungsmassregeln erscheinen, dass die Anwendung dieser weder dolus noch culpa, ja nicht einmal eine That, sondern nur eine „Gefahr" voraussetzt, so ist der Schritt zur Anerkennung der formalen Haftung offenbar ein leichter."

Mit diesen Worten aus einer Schrift Oetkers[2]) komme ich zu dem Gegenstand vorwürfiger Untersuchung, welche sich mit der Haftung Dritter für fremde Delikte und deren Rechtsfolgen beschäftigt, soweit dieselbe in unserem geltenden Straf- und Polizeirecht noch besteht, nämlich im Feld-, Forst-, Jagd-, Fischerei-, Zoll- und Steuerstrafrecht und zwar unter Beschränkung auf die drei weitaus wichtigsten Rechtsgebiete des preussischen, bayerischen und Reichsrechtes, diese miteinander vergleichend.

Es sind das im wesentlichen die Gebiete, denen in § 2 Abs. II E.G.R.St.G.B. gegenüber dem allgemeinen Strafrecht eine Sonderstellung zugewiesen ist[3]), und diese letztere zeigt sich vor allem in der Haftung Dritter, welche sich in diesen Gesetzen allein noch im modernen Recht gegenüber der sonst ausschliesslich persönlichen Haftung in krimineller Beziehung erhalten hat, namentlich auch, was die Stellung der Schuld anbelangt. „Dass die formelle Haftung gegenüber dem klar erkannten Rechtsprinzip: Keine Strafe ohne Schuld! solange fortbestehen konnte- sagt Oetker a. a. O., ist sicher zu einem guten Teile aus der un. richtigen theoretischen Auffassung des sog. Polizeiunrechts zu erklären."

Das im citierten § 2 E.G. miteinbezogene Pressrecht bezw hier die Haftung des verantwortlichen Redakteurs, muss ich aus der Untersuchung ausschliessen[4]). Was sonst etwa noch von Haftungen Dritter im geltenden Recht der bezeichneten drei Gebiete vorkommt

[1]) Man denke an die deutsch-rechtliche Auffassung über Entwendung von Feldfrüchten, auch an die Bezeichnung Frevel für das geringe Unrecht [zu Haut und Haar].

[2]) Kriminelle und civile Haftung Dritter nach hessischen Rechtsquellen, in der Festgabe der Rostocker Juristenfakultät für Ihering 1892.

[3]) Man beachte die Betonung des Polizeimoments in dieser Aufzählung: (Presspolizei-, Post-,) Steuer-, Zoll-, Fischerei-, Jagd-, Forst- und Feldpolizeigesetze, (über den Missbrauch des Vereins- und Versammlungsrechtes) und über den Holz-(Forst-)Diebstahl. Zugleich zeigt dieser Paragraph auch die Subsumierung des Polizeiunrechts unter das Kriminalunrecht i. w. S.

[4]) Vergl. Oetker, Die Haftung des verantwortlichen Redakteurs, und dagegen Bülow in der Zeitschr. f. St.R.W. XIV. 650.

ist nebensächlich und erledigt sich von selbst durch die Behandlung der weitaus wichtigsten Gesetze, welche das Forst- und Feldstraf- und polizeirecht und das fiskalische Strafrecht betreffen, und wird im Übrigen gelegentlich berührt. Dass auch in sämtlichen anderen entsprechenden Partikulargesetzen[1]) sich die gleiche Erscheinung findet, darauf kann gleichfalls nur an dieser Stelle hingewiesen werden.

Dies, was Zweck und Umfang der Untersuchung anlangt. Dieselbe wird, so geringfügig auch an sich die Delikte sein mögen, auf so interessante und schwierige Probleme historischer und dogmatischer Art führen. Sie hat nicht nur zu strafrechtlichen, sondern auch zu zivil-, verwaltungs- und prozessrechtlichen Fragen Stellung zu nehmen.

Aber auch praktisch hat die kriminelle Haftung Dritter im Recht der Gegenwart noch sehr erhebliche Bedeutung. Auf ein so kleines Gebiet dieselbe heute beschränkt ist, eine so gewaltig grosse Zahl einzelner Deliktsfälle steht dem gegenüber — man denke an die Häufigkeit der Forst- und Felddiebstähle und der fiskalischen Kontraventionen, und dass hierbei die Haftung Dritter zu einem sehr bedeutenden Bruchteile der Fälle wirksam wird.

Es genügt, zu diesem Zwecke, die Ergebnisse der letzterschienenen bayerischen amtlichen Statistik anzuführen, ohne dass jedoch bereits an dieser Stelle auf die dabei vorkommenden technischen Bezeichnungen eingegangen werden könnte.

Vergegenwärtigt man sich die Grösse Bayerns[2]) im Verhältnis zu dem 9mal so grossen Reich, so mag sich ein ungefähres Bild von der Wichtigkeit der Sache ergeben, wenn ich nachstehende Ziffern vorführe:

Die Zahl der im Jahre 1897 in Forstrügesachen angeklagten Personen und der rechtskräftig gewordenen Entscheidungen betrug 67501, von welchen 66714 = 98,7% auf Verurteilung lauten, so dass auf 85 Einwohner des Königreichs je eine Verurteilung kommt, ja, es geht diese Zahl sogar z. B. in der Pfalz bis auf 41 herab. Von den Entscheidungen betrafen 267 = 0,4% sogenannte Forstpolizeiübertretungen, 61279 = 90,8% sogenannte Forstfrevel und 5955 = 8,8% Zuwiderhandlungen gegen § 361 Z. 9 R.St.G.B.

Bei weitem die Hauptmasse bilden also die eigentlichen Forstdelikte, die Forstfrevel, und hierbei wurden neben den 66714 Angeklagten, die wegen Forstfrevel verurteilt wurden, **28744** Personen, (als zivilverantwortlich) haftbar für Geldstrafen, Wert und Schadensersatz erklärt; demnach traf auf je **2,3** wegen Forstfrevel Verurteilten eine derart als haftbar erklärte Person. Diese Ziffern sprechen für sich selbst, und ferner ist hierher noch die Verhaftung aus § 361 Z. 9 l. c. und ein grosser Teil der Forstpolizeiübertretungen zu rechnen, welche nicht wie die Fälle der sogenannten zivilen Verantwortlichkeit bei Forstfreveln statistisch ausgeschieden sind.

Im ganzen also nahe 100000 Personen im Forstrügeverfahren befangen und davon rund 35000 Haftungsfälle[3])!

---

[1]) Auch in anderen ausserdeutschen Ländern.

[2]) 5818544 Einwohner nach der Volkszählung vom 2. XII. 1895.

[3]) Interessant ist hier auch die Beteiligung der Geschlechter: Von den Verurteilten waren 39908 = 59,8% männlich, 26806 = 40,2% weiblich.

Dabei ist die Kriminalität, wohl mit eine Wirkung unseres hier eingreifenden Instituts, stetig und zwar ganz erheblich gesunken. Beispielsweise betrug die Zahl der Verurteilten im Jahre 1885 128272 und die der wegen Forstfrevels zivilverantwortlich Erklärten 54405, im Jahre 1881 gar 162714 bezw. 63347.

Dies einstweilen vorausgeschickt! Zunächst gilt es nun, die historischen Zusammenhänge aufzuhellen.

§ 2.

Geschichtliche Zusammenhänge.

Die in unserer Zeit verbliebenen relativ spärlichen Haftungsverhältnisse, welche heute als Abnormitäten erscheinen, sind die Überreste uralter genereller Rechtsideen mit universellem Geltungsgebiet.

Post statuiert in seinem Handbuch der ethnologischen Jurisprudenz als einen fundamentalen Gegensatz zwischen Kultur- und Naturvölkern die Art der Beurteilung wichtiger allgemeiner Begriffe des Strafrechts und führt als Hauptbeispiel auf den Begriff der Verantwortlichkeit[1]). „Heutzutage ist nur derjenige strafrechtlich verantwortlich, den ein Verschulden trifft, nicht derjenige, der die zufällige Ursache einer Störung des sozialen Gleichgewichtes ist. Es haftet auch nur diejenige Person, welche ein Verschulden an einer solchen Störung trifft, nicht eine andere Person. Diese Gedanken sind aber erst Produkte der staatlichen Organisation; anderen Organisationsformen, vor allem der geschlechterrechtlichen, sind sie ganz fremd.“ Es herrscht, solange sich das individuelle Rechtssubjekt noch nicht herausgebildet hat, die Haftung lediglich auf Grund des objektiven Kausalzusammenhangs und namentlich ist die Mitverhaftung dritter Personen neben dem eigentlichen Thäter, die Haftung des Geschlechtes für Rechtsbrüche der Genossen, eine ganz universelle Erscheinung[2]); ebenso die Haftung des Herrn für die Missethaten seiner Knechte u. s. w. Nahe verwandt ist die Haftung für Tiere und leblose Gegenstände, aus welch ersterer sich dann im Wege der noxae datio die Tierstrafen und Tierprozesse entwickelten[3]).

Das primitive Recht, das ist das Entscheidende, zeigt kollektivistischen Charakter. Die Rechtsstellung der Einzelnen ergibt sich aus ihrer Zugehörigkeit zu bestimmten Verbänden.

Die älteste soziale und rechtliche Gemeinschaft ist der natürliche nach aussen hin abgeschlossene Friedensbund der Familie. Ihr Vorstand ist der Hausherr. Die Hausangehörigen, Weib, Kinder, Knechte und Mägde, Sklaven, stehen in der Gewalt des Hausvorstandes, die bei den Römern wie Germanen ursprünglich als unbedingte Herrschaft über Leben und Tod, später dann immer mehr abgemildert erscheint.

---

[1]) a. a. O. II, 214 ff.

[2]) S. die von Post a. a. O. S. 225 angeführten Rechte der verschiedensten Völker.

[3]) s. Post a. a. O. §§ 54 und 55.

Zugleich ist der Hausherr der einzige Rechtsträger der wirtschaftlichen Güter der Gemeinschaft, über welche er disponiert.

Diese Gewalt und dieses Verbandsverhältnis ist nun der Ursprung der Haftung! Nach innen Herrschaft, ist das Correlat nach aussen die Vertretungsverbindlichkeit. Der Hausvorstand rächt die Verletzungen seiner Angehörigen und klagt später in eigenem Namen gegen den Angreifer. Auf der anderen Seite aber hat er für ihr Verschulden gegenüber Dritten unbedingt einzustehen, sodass, wie Brunner[1]) sich ausdrückt, jene nur als pars domus erscheinen.

Der Hausvater muss die von den Seinen verwirkte Busse bezahlen als Verwalter des Hausvermögens, denn — damit kommen wir zu einem weiteren, sehr beachtlichen Moment — das Familienvermögen haftet für die Handlungen der einzelnen Genossen[2]). Daher reicht die Haftung nur soweit und solange, als die Hausgenossenschaft besteht und erlischt mit Abteilung des Hausvermögens.

Auf diese Weise erklärt sich auch das später überall auftretende Recht der noxae datio: Durch Preisgabe des Schadensstifters, auch des Tieres oder der Sache, scheidet dieser aus der Genossenschaft bezw. aus dem Vermögen aus und dadurch entfällt das Substrat der Haftung. Umgekehrt fliessen auch die Bussen für Verletzung der Angehörigen dem Hausvermögen zu.

Dieses Recht gilt als solches der Unterverbände noch weit in die zweite grosse Etappe der Rechtsgeschichte hinein, in die der Geschlechtsgenossenschaft nämlich.

Hier ist der Gedanke der Solidarität der vorherrschende im Hinblick auf das Verhältnis dieser weiteren Verbände zu einander. Die Rache wird von dem ganzen Geschlecht des Verletzten gegen die ganze Sippe des Angreifers, auch deren schuldlose Glieder, geübt, sie müssen wegen ihrer Zugehörigkeit haften, ebenso später für die Komposition, die von allen Gliedern nach Abstufung der Verwandtschaftsgrade zu leisten bezw. zu empfangen ist.

Genau die gleiche Erscheinung findet sich noch heute bei rückständigen Völkern. So weist Kohler in seinem Aufsatz „Über das Recht der Australneger“[3]) übereinstimmend bei einer Anzahl von Stämmen die dieser Kulturstufe gewissermassen entwickelungsgesetzlich zukommenden und sie charakterisierenden beiden Grundsätze der objektiven Strafhaftung und der Gesamthaftung nach. Beide hängen innerlich eng zusammen. Was aber die letztere anlangt, so „haftet für die That nicht allein der Thäter, sondern der ganze Stamm; für den Erschlagenen büsst der Stamm des Mörders, und die Blutsühne trifft nicht etwa notwendig den Mörder, sondern irgend einen des Stammes“[4]). Besonders bezeichnend ist die Gestaltung bei dem Dier-

1) Deutsche Rechtsgeschichte I, 71.

2) So heute noch z. B. bei den Kaffern, vergl. Post a. a. O. I. § 53 Anm. 3. Aus demselben Gesichtspunkt ist gleichfalls noch jetzt bei den Montenegrinern der Hausherr für alles verantwortlich (a. a. O. Anm. 2). Man halte damit zusammen die herrschende patriarchalische Verfassung der Hauskommunion bei den Südslaven!

3) Zeitschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft VII, 363, 364.

4) Kohler, a. a. O.

yeriestamme, wo in erster Linie der ältere Bruder des Mörders bestraft wird, dann dessen Vater, und erst zuletzt, subsidiär die Reihe an den Mörder selbst kommt.

Auch auf der dritten Entwickelungsstufe, die durch den Zusammenschluss zum Stamm und Staat bezeichnet wird, herrscht noch, in allmählicher Verfeinerung und Vertiefung das Haftungsprinzip. Das mittelalterliche Recht beruht auf der Idee der Genossenschaft, auf der Gliederung in territoriale und persönliche Verbände, in die freie Gemeinschaft des Dorfes, die unfreie des Hofrechts, die Bürgerschaft der Städte, die Zünfte u. s. w.

Der Verband, die Wirtschaftseinheit haftet für allen Schaden, der durch Menschen, Tiere oder Sachen, welche ihr zugehören, hervorgerufen ist.

Die Strafhaftung ist, dem sinnlichen Charakter des älteren Rechtes entsprechend, ursprünglich Erfolgshaftung. Erst nach und nach wird die Schuldidee erfasst, die Haftung für Zufall eliminiert. Auch der Kreis der Haftbaren engt sich successive ein. Das Strafrecht ist eben um so strenger, je primitiver es ist. Das alte deutsche Recht macht für den Erfolg nicht nur den haftbar, der ihn ohne Absicht verursachte, sondern auch denjenigen, welcher ihn mittelbar veranlasst hatte. Und da es für Verletzung immer nach einem Verantwortlichen suchte, so verfolgte es die Kausalkette bis in die entferntesten Glieder, so dass eventuell jemand verantwortlich gemacht wurde, der nur in sehr weiter, äusserer Beziehung zum Erfolg beziehungsweise zum Thäter stand. „Die Grenzen der Verantwortlichkeit, sagt Brunner[1]), waren so weit gezogen, dass sich eine ausgedehnte Haftung des Einzelnen für jedes Ungefährwerk ergab, dessen Ursache mit seiner Lebenssphäre irgendwie verknüpft war.“

Es haftet z. B. die Gemeinde und weiter die Hundertschaft bei Unbekanntschaft des Thäters, es haftet andererseits der Arbeitgeber für Unfälle, die seinen Bediensteten bei Ausführung der Arbeit zustiessen, unter Umständen sogar als Mörder derselben[2]).

Besonders klar zeigt sich bei dem grundherrlichen Verhältnis der innere Zusammenhang zwischen Hausangehörigkeit, Abhängigkeit und Haftung. Es kann hier auf Brunners Darstellung verwiesen werden[3]).

Im Laufe der Zeit wurden die schweren Missethaten aus der Haftung herausgenommen und mehr auf das eigene Verschulden gestellt. Nur für die häufigen und leichten Übertretungen behielt man die alte Anknüpfung an objektive Verhältnisse bei. Und ferner wurde, nachdem allmählich die öffentlich rechtlichen Haftungsverhältnisse verfielen, auch der persönliche Umfang der Haftung noch mehr reduziert.

In der Zeit des Polizeistaates, welcher durch allseitige Bevormundung und Prävention allen Schädlichkeiten vorzubeugen suchte, sind nun für den Dienst dieser Prävention jene alten Haftungen als sehr brauchbar befunden und in den deutschen partikularen Polizei-

---

1) a. a. O. S. 549.
2) Das ist die alte Unfallversicherung.
3) a. a. O. S. 275 ff.

verordnungen des 17. und 18. wie noch des beginnenden 19. Jahrh. auf das Mannigfachste verwertet worden. Es genügt, auf Oetkers oben citierte Festschrift hinzuweisen, welche aus hessischen Rechtsquellen der letzten Jahrhunderte die verschiedenartigsten Belege für diese Entwickelung bringt:

Dem Inhaber einer gewissen Autorität wird die polizeiliche Funktion übertragen, im Umkreis eben dieser Autorität darüber zu wachen, dass nicht delinquiert werde, und er wird für die gehörige Ausübung dieser Funktion verantwortlich gemacht. Vorwiegend zeigt sich dieses Institut da, wo der Rechtsschutz der Natur der Sache nach erschwert ist, so im Feld-, Forst- und Jagdpolizeirecht. Bedarf doch dieses mehr oder minder zugängliche, sozusagen „öffentliche" Eigentum eines ganz anderen Schutzes als das befriedete Grundeigentum sowie die gut verwahrten Mobilien, und wirken doch für jene Art des Grundeigentums so vielfach Verwaltungsinteressen mit.

Vermöge ihrer Präventivzwecke stellt sich also diese Haftung, wie auch der historische Verlauf ergibt, wesentlich als ein Polizeiinstitut dar.

Aus denselben Gesichtspunkten heraus begegnet schon zur Zeit des Polizeistaates die Haftung Dritter auch im Zoll- und Steuerstrafrecht, und hier tritt das Wesen der Sache noch deutlicher hervor. Der Zweck heiligt die Mittel, skrupulös ist der Polizeistaat nicht, vielmehr geht er rücksichtslos zur Durchsetzung seiner Zwecke vor.

Schon vorher in der alten preuss. Accise- und Zollverfassung enthalten, tritt uns diese Gestaltung namentlich im A.L.R. II. 20. entgegen. Es kommen besonders in Betracht §§ 293 und 294: „Kaufleute, Juden, Schiffer und Frachtfuhrleute, Müller, Brauer, Branntweinbrenner und Fleischer müssen für ihr Gesinde und ihre im Hause befindlichen Ehegatten und Anverwandten ohne Unterschied haften. — Andere Personen haften nur für die Kontrebande und Defraudation ihrer Ehegatten und Kinder, insoferne diese Verbrechen bei Gelegenheit solcher Geschäfte, wozu sie dieselben zu brauchen pflegen, von ihnen verübt worden[1]). Neben dieser primären enthält das Gesetz auch eine subsidiäre Haftung in § 518 II. 8, wonach der Prinzipal bei dem Unvermögen des Faktors für die Geldstrafen wegen der von demselben in Handlungsangelegenheiten, obgleich ohne sein Vorwissen, begangenen Vergehungen wider die Accise- und Zollgesetze haftet, während nach den beiden vorhergehenden §§ die vom Faktor bei Handlungsangelegenheiten verwirkte Konfiskation den Prinzipal trifft mit Vorbehalt des Regresses gegen den Faktor.

Die weitere Entwickelung bis in das geltende Recht zu verfolgen, wird Sache der nachstehenden Untersuchung sein.

---

[1]) Eine Deklaration von 1812 erklärte zur Beseitigung entstandener Zweifel, dass diese Verhaftung sich nicht nur auf die Konfiskation, sondern auch auf die verwirkte Geldstrafe beziehe.

I. Hauptstück.

Die rechtliche Natur der Haftung Dritter nach geltendem Recht im allgemeinen — das Haftungsprinzip.

§ 3.

Begriff der Haftung Dritter.

I. Das Wort „Haftung" stellt einen in verschiedenen Beziehungen sich äussernden Rechtsbegriff dar. Haften heisst Einstehen müssen für ein äusseres Geschehnis, an welches das Recht diese Folge knüpft, mag man es selbst, mag es ein anderer verursacht haben, mag man durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit oder vollkommen ohne Verschuldung dessen Bedingungen gesetzt, mag eine menschliche Handlung oder ein Zufall im juristischen Sinn dasselbe bewirkt haben, und ganz einerlei, welches sonst der spezielle Verpflichtungsgedanke ist.

Dieses Rechtsverhältnis der Haftung zeigt sich, entsprechend seiner allgemeinen Natur, auf dem Gebiete des privaten wie des öffentlichen Rechts und in beiden wieder in den mannigfachsten Beziehungen und Formen: Haftung mit einzelnen Sachgütern, mit dem beweglichen und unbeweglichen Vermögen, mit der eigenen Person. Und von der anderen Seite her betrachtet: Haftung für Schadensersatz aus Kontrakten, Delikten, Quasikontrakten und -delikten, Haftung bis zur Grenze der vis maior u. s. w. u. s. w, kurz in allen Teilen des gemeinen Rechts, des preuss. A.L.R., des code civil, des Handels und Seerechts[1]) und des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches findet sich, freilich in ganz verschiedenen Ausgestaltungen, dieser Begriff.

Im öffentlichen Recht begegnet uns z. B. die Haftung des Arbeiterversicherungs- und des Gewerbepolizeirechtes unter vielen anderen, namentlich tritt aber der Begriff hervor im Strafrecht. Hier offenbart er seine interessantesten und zugleich wichtigsten Erscheinungsformen. Das ganze Strafrecht beruht auf dem Prinzip der Haftung. An die Normübertretung und den rechtsverletzenden Erfolg ist die Strafe als Rechtsfolge angehängt. Die Strafe ist Haftung.

II. An die strafbare Handlung und Bestrafung des Thäters setz sich nun aber in unserer Materie eine Haftung dritter Personen an, und diese ist es, welche den Gegenstand der Untersuchung bildet. Eine Definition derselben kann jetzt natürlich noch nicht gegeben werden, da sie ja gerade durch diese Abhandlung erst gefunden werden soll. Wir müssen uns daher vorerst mit einer äusserlichen Formu-

---

1) Vergl. bes. §§ 431 und 429 H.G.B.

lierung begnügen, um dann das Wort „Haftung“ einfach in diesem Sinne zu gebrauchen, dahin, dass Haftung in diesem engeren Sinne die Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter im Gegensatz zur Verantwortlichkeit des Thäters selbst ist, ohne zu unterscheiden, worauf jene sich erstreckt und wie sie sich innerlich begründet. Ob dieses Rechtsverhältnis dem Zivilrecht oder dem Strafrecht vermöge seiner inneren Zusammenhänge angehört, ob es eine Mischung beider oder ein ganz selbständiges Rechtsgebilde ist, ob man an seiner juristischen Konstruktion verzweifeln muss oder ob wir umgekehrt ein fein ausgebautes Institut vor uns haben, das wird alles erst später zu betrachten sein, indem alle diese Möglichkeiten durchzusprechen sind.

In den verschiedenen Rechtsquellen ist, um diese Bemerkung bezüglich der Terminologie noch vorauszuschicken, unsere Rechtserscheinung mit verschiedenen Namen bezeichnet, die für das Verständnis derselben von Nutzen sind. Bald heisst es farblos Haftung, Haftpflicht, Haftbarkeit, Haftverbindlichkeit, bald tiefer gehend Verantwortlichkeit, Vertretungsverbindlichkeit, in den bayer. Quellen endlich bezeichnend Zivilverantwortlichkeit. Der Haftbare tritt im Gegensatz zum „eigentlich Schuldigen“, „eigentlichen Thäter“, „Frevler“, „Thäter“; Oetker hat für die Haftung den charakteristischen Namen Garantie aufgebracht, der Haftbare erscheint als Gewährsmann.

Darauf, ob die Haftung eine „subsidiarische“ oder sonstwie besonders gestaltete ist, kann hier kein Gewicht gelegt werden.

Vor allem heisst es vielmehr jetzt, den festen Boden zu gewinnen, auf dem die Untersuchung einsetzt, und das sind die geltenden Gesetze, welche die Haftung normieren.

I. Kapitel.

Die Quellen.

Da die einschlägigen Gesetzesbestimmungen in allen möglichen Nebengesetzen partikularrechtlicher wie reichsrechtlicher Provenienz zerstreut, andererseits aber ihrem Wortlaut nach für die ganze Untersuchung von grösster Wichtigkeit sind, und endlich schon aus der Vergleichung der Übereinstimmungen und Verschiedenheiten, wie sie aus dem nackten Texte entgegentreten, von vorneherein sich leitende Gesichtspunkte ergeben, so will ich jene im folgenden in Zusammenstellung vorführen.

Die formelle Sonderstellung dieser Materie gegenüber dem allg. Strafrecht beruht auf dem Vorbehalte des § 2 Abs. II E.G.St.G.B., bezüglich des Schadensersatzes auf art. 107 E.G.B.G.B.: Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Verpflichtung zum Ersatze des Schadens, der durch das Zuwiderhandeln gegen ein zum Schutze von Grundstücken erlassenes Strafgesetz verursacht wird. Damit sind hauptsächlich die Bestimmungen über Haftung Dritter gemeint. cfr. Motive II. 749. Dazu ist zu vergl. art. 89: Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die zum Schutze der Grundstücke und

der Erzeugnisse von Grundstücken gestattete Pfändung von Sachen mit Einschluss der Vorschriften über die Entrichtung von Pfandgeld oder Ersatzgeld.

§ 4.

Die Gesetze zum Schutze des Waldes und des Feldes, der Jagd und Fischerei.

A. Haftung für Delikte in Bezug auf Forst und Feld.

I. Bayerisches Recht.

a) Forstrecht.

1. Forstgesetz f. d. Königreich Bayern v. 28. III. 1852, rev. 18. VIII. 1879[1]) und 17. VI. 1896, in neuer Textierung unter dem 4. VII. 1896 publiziert, nunmehr durch art. 146 Ausf.-Ges. z. B.G.B. v. 9. VI. 1899[2]) in einigen hier unwesentlichen Beziehungen geändert.

Vorab ist eine wichtige Unterscheidung anzuführen, welche dieses Gesetz macht, nämlich die Teilung der Forstdelikte in Forstpolizeiübertretungen und Forstfrevel. Unter letzteren versteht es „Entwendungen, Beschädigungen, Zuwiderhandlungen gegen die forstpolizeilichen Bestimmungen und andere Gefährden, welche im fremden Wald begangen werden[3])", unter den ersteren aber „Zuwiderhandlungen gegen die forstpolizeilichen Bestimmungen des Gesetzes, welche vom Waldbesitzer oder von Personen, deren Handlungen derselbe nach art. 69 zu vertreten hat, in seinem eigenen Wald begangen werden". Dieser Scheidung korrespondieren die beiden nachbenannten Artikel, welche für uns die sedes materiae bilden:

α) art. 69:

Abs. I. „Als zivilverantwortlich sind ausser dem Forstfrevler zu laden und als haftbar für Geldstrafe, Wert- und Schadensersatz, dann für die Kosten — vorbehaltlich des Rückgriffes, wo ein solcher statt hat, mit zu verurteilen:

1. Die Ehemänner wegen der Frevel ihrer bei ihnen wohnenden Ehefrauen;

2. die Väter und nach ihrem Tode die Mütter wegen der Frevel ihrer bei ihnen wohnenden und noch unverheirateten Kinder (leibliche Kinder, Stief-, Adoptiv- und Pflegekinder);

3. die Vormünder und Kuratoren[4]), sowie überhaupt diejenigen, welchen Minderjährige in Pflege gegeben sind, wegen der Frevel der bei ihnen wohnenden Pflegebefohlenen;

4. die Dienstherrschaften wegen der Frevel ihrer bei ihnen wohnenden Dienstboten;

5. die Lehrmeister und Gewerbsleute wegen der Frevel ihrer

1) Durch das Ausf.Ges. z. St.P.O.
2) G.V.Bl. Nr. 28.
3) art. 49[1].
4) Pfleger nach B.G.B.

Zöglinge, Gesellen und Gehilfen, so lange diese Personen unter ihrer Aufsicht stehen;

6. die Geschäftsgeber wegen der Frevel ihrer Arbeiter und Geschäftsträger, wenn der Frevel in oder bei Ausführung der aufgetragenen oder anvertrauten Verrichtung geschah;

7. die Dienstherrschaften wegen der Frevel der aufgestellten Hirten oder Hüter, insoferne der Frevel bei deren Dienstverrichtung geschah." (Kreis der Haftpflichtigen.)

Abs. II: „Wenn die in den vorhergehenden Bestimmungen als zivilverantwortlich erklärten Personen beweisen, dass sie nicht imstande waren, den Frevel zu verhindern, so sind sie von jeder Haftung frei." (Wegfall der Haftung.)

Abs. III[1]): „Von der Haftung für die erkannten Geldstrafen sind die als zivilverantwortlich erklärten Personen frei, wenn sie aus Anlass des betreffenden Frevels selbst auf Grund des § 361 Z. 9 des Strafgesetzbuches bestraft werden." (Verhältnis des Art. 69 zu § 361 Z. 9.)

β) art. 70: „Hinsichtlich der Forstpolizeiübertretungen hat der Waldbesitzer — vorbehaltlich des Rückgriffes, wo ein solcher statthat — die Handlungen der im art. 69 genannten Personen in der Art zu vertreten, dass ihn allein die Strafe, sowie der Schadensersatz und die Kosten treffen, ausgenommen, wenn er beweist, dass die Übertretung ohne sein Vorwissen geschah, in welchem Falle die Übertreter allein nach Massgabe der einschlägigen Strafbestimmungen wider den Forstfrevel zu bestrafen sind und allein für den Schadensersatz, sowie für die Kosten haften.

γ) Speziell über den Weidefrevel (eine Unterart des Forstfrevels) endlich verhält sich art. 88 in den hier zur Untersuchung zu ziehenden Stellen wie folgt:

Abs. I: „Derjenige, welcher unbefugt Vieh im Walde hütet oder weiden lässt, erleidet, vorbehaltlich des Rückgriffes gegen den Hirten oder Hüter, je nach Beschaffenheit des Frevels, folgende Strafen: ....."

Abs. VI: „In allen vorhin bezeichneten Fällen sind die Eigentümer des Viehes . . . . in den Ersatz des verursachten Schadens zu verurteilen, welcher nicht unter der Hälfte des Strafbetrags erkannt werden darf."

2. Entsprechend ihrer historischen und daher vielfach rechtlichen Sonderstellung besitzt die Pfalz ein eigenes Forststrafgesetz v. 28. XII. 1831, rev. durch Ges. v. 23. V. 1846, 18. VIII. 1879, 17. II. 1896, so dass also das an 1. Stelle citierte Gesetz bloss für das Hauptland gilt.

Dieses Gesetz bestimmt in art. 1: „Jede durch das gegenwärtige Gesetz mit Strafe bedrohte Entwendung, Beschädigung oder Gefährde ist als Forstfrevel zu betrachten."

Es hat sonach nicht die Scheidung der Forstdelikte in zwei Klassen wie das diessrheinische Recht. Allerdings gibt es auch Forstpolizeiübertretungen, nämlich in einigen französischen und älteren bayer. Verordnungen, aber nicht im Sinne jener Definition und irrelevant für die Frage der Haftung.

---

[1]) Zusatz von 1896.

Diese anlangend ist jetzt durch das Ausf.Ges. z. B.G.B. art. 138, nachdem bereits durch art. 3 und 4 der Novelle v. 17. VI. 1896[1]) die bisherigen art. 26 und 27 über Weidefrevel die Fassung des diesseitigen art. 88 erhielten und zu dem dem Art. 69 entsprechenden art. 13 der dortige Abs. III als Abs. II gefügt war, für art. 13 die vollständige Fassung des bezeichneten art. 69 angenommen worden, sodass für die Pfalz dasselbe wie für das diessrheinische Bayern gilt, nur dass mit der an die Spitze gestellten Unterscheidung eine dem art. 70 l. c. konforme Bestimmung naturgemäss fehlt.

b) Der Feldschutz

ist in Bayern geregelt im Polizeistrafgesetzbuch für das Königreich Bayern v. 26. XII. 1871, art. 112 ff.

Hierher kommt in Betracht art. 122, Abs. I: „Sind Feldpolizei-Übertretungen durch Familienangehörige, Dienstboten, Taglöhner, Hirten oder in ähnlichen Verhältnissen stehende Personen auf Befehl oder Anordnung des Familienhauptes, Dienstherrn oder Arbeitgebers vorgenommen werden, so ist nur derjenige nach den Bestimmungen dieses Gesetzes strafbar, auf dessen Befehl oder Anordnung die Handlung vorgenommen wurde."

Abs. II: „Ausserdem haften Eltern, Pflegeeltern und Dienstherrschaften, soferne die von ihren im elterlichen Hause sich aufhaltenden Kindern oder Pflegekindern oder von ihren Dienstboten[2]) begangenen . . . . . Feldfrevel zu ihrem Vorteile gereichen, für die Kosten, Geldbussen und Entschädigungen."

Während hier die inneren Voraussetzungen der Haftung geregelt sind, geschieht dies bezüglich der äusseren in Abs. III: „Kann die Geldbusse gegen den Thäter nicht vollstreckt werden, so ist sie von den gemäss Abs. II hierfür haftbaren Personen einzuziehen; sind auch diese unvermögend, so wird die Geldstrafe gegenüber dem Verurteilten in Haft umgewandelt."

II. Preussisches Recht.

Die beiden hier in Betracht kommenden Spezialgesetze sind das Ges. betr. den Forstdiebstahl v. 15. IV. 1878 u. das Feld- u. Forstpolizeigesetz v. 1. IV. 1880.

Während das erstere, seinem Titel entsprechend den „in einem Forst oder auf einem anderen hauptsächlich zur Holznutzung bestimmten Grundstücke verübten Diebstahl" von Holz und anderen Waldprodukten (§ 1) zur Bestrafung zieht, regelt das zweite Gesetz eine Fülle von anderweiten kriminellen und rein polizeilichen Thatbeständen, die einer Beschädigung oder Gefährdung des Waldes oder Feldes und die Entwendung von Feld- und Gartenfrüchten, sowie die Vernichtung von Vögeln, Fischen etc. in sich begreifen.

---

[1]) G.V.Bl. Nr. 28.
[2]) = das in der häuslichen Gemeinschaft lebende Gesinde.

a) Aus dem Ges. v. 1878 ist hier anzuführen: 1. § 11 Abs. I: „Für die Geldstrafen, den Wertersatz und die Kosten, zu denen Personen verurteilt worden, welche (α) unter der Gewalt, der Aufsicht oder im Dienste eines anderen stehen und (β) zu dessen Hausgenossenschaft gehören (innere Voraussetzungen), ist letzterer im Falle des Unvermögens des Verurteilten für haftbar zu erklären (äussere Voraussetzungen), und zwar unabhängig von der etwaigen Strafe, zu welcher er selbst auf Grund dieses Gesetzes oder des § 361 Nr. 9 des Strafgesetzbuches verurteilt wird." Abs. II. „Wird festgestellt, (α) dass die That nicht mit seinem Wissen verübt ist, oder (β) dass er sie nicht verhindern konnte, wird die Haftbarkeit nicht ausgesprochen."

2. § 12 Abs. I. „Hat der Thäter noch nicht das 12. Lebensjahr vollendet, so wird derjenige, welcher in Gemässheit des § 11 haftet, zur Zahlung der Geldstrafe, des Wertersatzes und der Kosten als unmittelbar haftbar verurteilt." Abs. II. „Dasselbe gilt, (α) wenn der Thäter zwar das 12., aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte und wegen Mangels der zur Erkenntnis der Strafbarkeit seiner That erforderlichen Einsicht freizusprechen ist, oder (β) wenn derselbe wegen eines seine freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustandes straffrei bleibt."

3. § 13 Abs. I mit IV endlich bestimmt ergänzend, dass an die Stelle einer Geldstrafe, welche wegen Unvermögens des Verurteilten und des für haftbar Erklärten nicht beigetrieben werden kann, für den Thäter Gefängnisstrafe tritt, nicht aber für die in Gemässheit der §§ 11 und 12 für haftbar Erklärten, und ferner, dass diese Gefängnisstrafe vollstreckt werden kann, ohne dass der Versuch einer Beitreibung gegen den für haftbar Erklärten gemacht ist, soferne dessen Zahlungsunfähigkeit gerichtskundig ist.

b) Im § 5 des jüngeren Gesetzes sind sämtliche voraufgeführten Bestimmungen in wörtlicher Herübernahme zusammengefasst, indem Abs. I den § 11 I[1]) und II, Abs. II den § 12 I und II und Abs. III den § 13 Abs. IV des älteren Gesetzes wiedergibt.

III. Endlich darf hier der in den sub I und II angeführten Gesetzen ausdrücklich in Bezug genommene, aber nicht nur diese, sondern auch die im folgenden zu nennenden Gesetze ergänzende § 361, 9 R.G.B. citiert werden:

(So und so bestraft wird:) „Wer (α) Kinder oder andere unter seiner Gewalt stehende Personen, welche (β) seiner Aufsicht untergeben sind und (γ) zu seiner Hausgenossenschaft gehören, von der Begehung von Diebstählen, sowie von der Begehung strafbarer Verletzungen der Zoll- und Steuergesetze oder der Gesetze zum Schutz der Forsten, der Feldfrüchte, der Jagd oder Fischerei abzuhalten unterlässt. Die Vorschriften dieser Gesetze über die Haftbarkeit für die den Thäter treffenden Geldbussen oder anderweite Geldleistungen werden hierdurch nicht berührt."

---

[1]) Nur heisst es hier: „verurteilt werden.

B. Haftung für Jagd- und Fischereikontraventionen.

Diese sei hier analogieweise angefügt.

Während das bayerische Recht auf diesem Gebiete nicht mit der Rechtsfigur der Haftung für fremde That, abgesehen von der rein zivilrechtlichen des Wildschadensgesetzes v. 15. VI. 1850 operiert, findet sich nämlich dieselbe in der preussischen Gesetzgebung verwertet.

1. § 9 Jagdpolizeigesetzes v. 7. III. 1850[1]) bestimmt: „Wer zur Begehung einer Jagdpolizeiübertretung sich seiner Angehörigen, Dienstboten, Lehrlinge oder Taglöhner als Teilnehmer oder Gehilfen bedient, haftet, wenn diese nicht zahlungsfähig sind, neben der von ihm selbst verwirkten Strafe, für die von denselben zu erlegenden Geldstrafen."

2. Ebenso § 52 Fischereigesetzes v. 30. III. 1874 bezüglich der durch dieses Gesetz mit Strafe bedrohten Übertretungen, nur dass es statt „Taglöhner" „Arbeiter" heisst, und dass die Worte „oder Gehilfen" als unnötig fortgelassen sind.

3. Hierher zu stellen ist auch § 6 II des R.G. v. 21. III. 1888 betr. den Schutz von Vögeln, welcher in wörtlicher Herübernahme des § 361, 9 S. 1 die daselbst bezeichneten Personen der gleichen Strafe wie die Kontravenienten selbst unterwirft.

§ 5.

Die Haftungsnormen der Zoll- und Steuerstrafgesetze.

Man muss zwei Gruppen von Gesetzen unterscheiden, wie sich schon aus der blossen Gegenüberstellung ergeben wird:

I.

1. Vereinszollgesetz v. 1. VII. 1869 § 153: „Subsidiarische Vertretungsverbindlichkeit dritter Personen."

Abs. I. 1. „Handel- und Gewerbetreibende haben für ihre Diener, Lehrlinge, Markthelfer, Gewerbsgehilfen, Ehegatten, Kinder, Gesinde und die sonst in ihrem Dienste oder Taglohn stehenden oder sich gewöhnlich bei der Familie aufhaltenden Personen,

2. Eisenbahnverwaltungen und Dampfschiffahrtsgesellschaften für ihre Angestellten und Bevollmächtigten,

3. andere nicht zur handel- und gewerbetreibenden Klasse gehörende Personen aber nur für ihre Ehegatten und Kinder, rücksichtlich der Geldbussen, Zollgefälle und Prozesskosten zu haften, in welche die solchergestalt zu vertretenden Personen wegen Verletzung der zollgesetzlichen oder Zollverwaltungsvorschriften verurteilt worden sind, die sie bei Ausführung der ihnen von dem subsidiarisch Verhafteten übertragenen oder ein für allemal überlassenen Handels-, Gewerbs- und anderen Verrichtungen zu beobachten hatten."

Abs. II. „Der Zollverwaltung bleibt in dem Falle, wenn die Geldbusse von dem Angeschuldigten nicht beigetrieben werden kann, vorbehalten, die Geldbusse von dem subsidiarisch Verhafteten ein-

[1]) Wörtlich gleichlautend § 21 der Jagdverordnung für Nassau v. 30. III. 74.

zuziehen, oder statt dessen und mit Verzichtung hierauf die im Unvermögensfalle an die Stelle der Geldbusse tretende Freiheitsstrafe sogleich an dem Angeschuldigten vollstrecken zu lassen."

Abs. III. „Weisen indessen die unter 1 und 3 bezeichneten subsidiarisch Verhafteten nach, dass das Zollvergehen ohne ihr Wissen verübt worden, so haften sie nur für die Zollgefälle.

2. Das nordd. Bundesges. v. 12. X. 67, betr. die Erhebung einer Abgabe von Salz verweist in § 17 hinsichtlich der Vertretungsverbindlichkeit einfach auf die Bestimmungen des Zollstrafgesetzes, nun des V.Z.G., ebenso hatte § 17 des bayer. Ges. v. 16. XI. 67 die gleiche Bestimmung in sich aufgenommen, nunmehr ersetzt durch die einfache Bezugnahme auf das V.Z.G. in art. 18 Ausf.-Ges. zur St.P.O. Nach denselben Grundsätzen richtet sich

3. die subs. Haftung für Geldstrafen, die wegen Zuwiderhandlungen gegen das R.G. v. 20. VII. 79 betr. die Statistik des Waarenverkehrs[1]) verwirkt sind (§ 17 l. c.).

4. u. 5. Kartenfabrikanten und -händler haften nach § 18 des Spielkartenstempelgesetzes v. 8. VII. 78 und die mit Tabakproduktion und -Handel beschäftigten Unternehmer nach § 43 T.St.G. v. 16. VII. 79 für die von solchen Personen verwirkten Geldstrafen, Steuern und Prozesskosten, welche entweder in gewissen verwandtschaftlichen oder geschäftlichen Beziehungen zu ihnen stehen, beim Nachweise, dass die Zuwiderhandlung ohne ihr Wissen verübt worden sei, aber nur für die Steuern.

II.

1. An die Spitze zu stellen ist ein Gesetz, das gerade unser Institut zum ausschliesslichen Gegenstande hat, das B.G. betr. die subsidiarische Haftung des Brennereiunternehmers für Zuwiderhandlungen gegen die Branntweinsteuergesetze durch Verwalter, Gewerbsgehilfen und Hausgenossen v. 8. VII. 68, welchem

2. ein Gesetz mit gleichem Titel und gleichem Wortlaut bez. des Brennereiunternehmers vom gleichen Tage entspricht[2])[3]). Nach §§ 1—4 dieser Gesetze sowie gleichlautend nach § 66 des nunmehr nur noch für gewisse Kategorien von Brennereien geltenden

3. BG. v. 8. VII. 69 betr. die Besteuerung des Branntweins in verschiedenen zum nordd. Bund gehörenden Staaten und Gebietsteilen, sowie

4. nach § 38 Brausteuergesetzes v. 31. V. 72 haftet der Brennerei- und Brauereitreibende subsidiär für die Geldstrafen der Verwalter, Gewerbsgehilfen und Hausgenossen, „wenn ihm nachgewiesen wird, dass er bei deren Auswahl und Anstellung fahrlässig, d. h. nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu Werke gegangen ist. Als solche Fahr-

---

1) Rein polizeilichen Inhalts.

2) Beide bezweckten eine einheitliche Regelung dieser Materie für das ganze Steuergebiet, nachdem die beiden an nächster Stelle zu erwähnenden Steuergesetze nicht überall galten.

3) In § 4 d. G. betr. die Steuerfreiheit des Branntweins v. 19. VII. 79 ist für die Haftung einfach auf dieses Gesetz verwiesen.

ässigkeit gilt insbesondere die wissentliche Anstellung bezw. Beibehaltung eines wegen Branntweinsteuerdefraudation bereits bestraften Verwalters oder Gewerbsgehilfen“ [1]) und ein bereits vorbestrafter Unternehmer „hat die Vermutung (des obigen) fahrlässigen Verhaltens“ mit Gegenbeweismöglichkeit „gegen sich“. Für die Steuer wird schlechthin gehaftet und § 4 endlich entspricht dem Abs. II § 153 V.Z.G.

Diese Satzungen sind

5. in § 4 Ges. betr. die Steuerfreiheit des Branntweins v. 19. III. 79 für analog anwendbar erklärt, und

6. genau herübergenommen in § 58 Z.St.G. v. 27. V. 96, nur dass der Kreis der Vertretungsverbindlichen und demgemäss auch der Kreis derer, für welche gehaftet wird, ein grösserer ist [2]).

Den Schlussstein des ganzen Gebäudes bildet endlich die zur II. Gruppe gehörige, aber in gewissen Beziehungen auch ihr gegenüber selbständige Norm

7. des § 32 Reichsges. v. 24. VI. 87 in der Fassung des Ges. v. 16. VI. 95, betr. die Besteuerung des Branntweins, wonach Gewerbe- und Handeltreibende subsidiarisch für die gegen ihre Verwalter, Gewerbsgehilfen und Hausgenossen wegen Verletzung der die Verbrauchsabgabe betreffenden Vorschriften verhängten Geldstrafen haften, soferne jene unterlassen haben, die zu vertretenden Personen von der Zuwiderhandlung abzuhalten“.

III.

Schliesslich ist noch [3]) zu Analogiezwecken und namentlich über den Bereich des fiskalischen Rechts hinaus als wertvolles Auslegungsbehelf für einen Haftungsfall des bayer. Forstrechts art. 52 des bayer. Ges. über den Malzaufschlag v. 8. XII. 89 [4]) zu erwähnen, dessen Verwandtschaft in letzterer Hinsicht der Wortlaut deutlich bekundet.

Unter der Überschrift „Strafrechtliche Verantwortlichkeit“ heisst es da: Abs. I. Für die im aufschlagpflichtigen Betriebe oder bei dem Betriebe einer Malzmühle vorgekommenen Übertretungen des gegenwärtigen Gesetzes ist der Betriebsberechtigte strafrechtlich verantwortlich, wenn auch die betreffenden Handlungen nicht von ihm selbst verübt wurden. Die in einem solchen Geschäfte verwendeten Personen sind weder als Miturheber noch als Teilnehmer oder Begünstiger strafbar. Wenn sie aber die strafbare That gegen das ausdrückliche Verbot des Betriebsberechtigten oder gegen die von ihm bezüglich einzelner Handlungen des Betriebes erteilten besonderen Aufträge begangen haben, so unterliegen nur sie allein der hierauf gesetzten Strafe.

Abs. II: Für die durch Missbrauch von Futterschrot- und Hausmühlen verübten Übertretungen gelten dieselben Bestimmungen.

---

1) Ausser bei nachgesuchter spezieller Genehmigung der obersten Finanzbehörde.

2) Neben den Inhabern von Zuckerfabriken sind alle Gewerbe- und Handeltreibenden, welche mit der Zuckersteuer zu thun haben, für ihre Verwalter, Gewerbsgehilfen und diejenigen Hausgenossen, welche in der Lage sind, auf den Gewerbebetrieb Einfluss zu üben, vertretungspflichtig.

3) Abgesehen davon, dass dieses Gesetz für Bayern die Bierbesteuerung auch jetzt noch ausschliesslich regelt.

4) Neueste Redaktion der einschlägigen Stelle.

Abs. III: Ist eine solche Mühle im Besitze einer politischen Gemeinde, so haftet die Gemeindekasse; ist sie im Besitze einer Genossenschaft, so haften deren Mitglieder solidarisch für Strafe und Kosten in beiden Fällen, vorbehaltlich des Rückgriffes gegen den, welcher die Übertretung veranlasst hat.

art. 53 bestimmt weiter, dass die Übertragung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit seitens des Betriebsberechtigten auf Pächter oder Geschäftsführer nur mit Zustimmung des Hauptzollamtes zulässig ist, dann aber auch die volle strafrechtliche Verantwortlichkeit übergeht.

Vorstehender Überblick über die geltenden Gesetze bildet bereits durch blosse Vergleichung der Texte eine Grundlage zur Bildung einer Anschauung über die rechtliche Natur des Instituts.

Nunmehr ist sich den bisher über dieses Problem vorliegenden Äusserungen der Litteratur zuzuwenden.

II. Kapitel.

Die Anschauungen der Doctrin über die rechtliche Natur des Instituts.

Die Frage nach der rechtlichen Natur eines Rechtsverhältnisses ist vor allem die, welchem Rechtsgebiete es angehört, dem privaten oder öffentlichen Recht und welchem Teile desselben. Das führt weiter auf die Frage nach dem Rechtsgrund der Haftung. Dementsprechend lassen sich hier drei Theorien unterscheiden, von welchen die eine die zivilrechtliche, die zweite die strafrechtliche Natur der Haftung behauptet, während die dritte eine Mittelstellung einnimmt.

In der Hauptsache beschäftigen sich diese Betrachtungen mit dem Zoll- und Steuerrecht, weniger mit dem preussischen, so gut wie gar nicht mit dem bayerischen Recht.

Ich beschränke mich in den folgenden §§ auf die Anführung dieser verschiedenen Ansichten, deren Kritik und eventuelle Bekämpfung der eigentlichen Untersuchung vorbehalten bleibt, im Anschluss an die genauere Erörterung des geltenden Rechts, für welch letztere aber die bisherigen Äusserungen, und das ist der Grund ihrer Aufzählung an dieser Stelle, wichtige Anknüpfungspunkte ergeben.

§ 6.

Die Zivilrechtstheorien.

Den Anhängern dieser Lehre ist die Grundauffassung gemeinsam, es handle sich um eine im Zivilrecht begründete Haftung für fremde kriminelle Verschuldung, sie gehen übereinstimmend aus von dem Begriff der Strafe als eines Übels, das als solches den Verbrecher, den Schuldigen nur treffe, und sehen in dem Haftbaren keinen Übelthäter.

So schliesst v. Liszt[1]) „die Haftung dritter Personen für die von

[1]) Lehrbuch, 9. Aufl. S. 252 Bem. 5.

den Schuldigen verwirkten Geldstrafen" von dem Begriff der Strafe aus und lässt den letzteren nur da gelten, „wo die Haftung durch ein Verschulden, mithin durch ein selbständiges Delikt des Haftbaren (insbesondere Fahrlässigkeit bei der Auswahl, Beaufsichtigung u. s. w.) bedingt ist." Als Beispiele hierfür führt er an § 151 Gew.Ordn., § 82a Kr.Vers.Ges. und die von mir als zweite Gruppe ausgeschiedenen Steuergesetze. In allen übrigen Fällen handelt es sich nach Liszt um eine aus öffentlich rechtlichen (finanziellen) Gründen erfolgte Ausgestaltung der privatrechtlichen Haftung für fremde Schuld, eine zivilrechtliche Haftung, wie er es gleich darauf nennt. Die Haftung sei meist eine subsidiäre, sie könne aber auch eine solidarische oder eine kumulative, also selbständige, sein, in welch letzterem Falle sie jedoch selbständige Verschuldung voraussetze, also eigentliche Strafe sei. Wie Liszt auch Löning[1]) und v. Kries[2]).

Im Gegensatz zu Liszt eine Schuldvermutung annehmend, kommt aber zu dem gleichen, nur noch weitergreifenden Resultat einer zivilistischen Haftung Binding in den Normen II 614, wo er von „Anomalien im Schuldbeweise", der Schuldpräsumtion spricht und in N. 930 im Hinblick auf die in Zoll- und Steuergesetzen normierte „subsidiarische Verbindlichkeit gewisser physischer und juristischer Personen für die von dem „eigentlichen Schuldigen" unbeitreibbaren Geldstrafen" erklärt, dass „dies eine zivilistische Haftung für Forderungen des Fiskus ist und die Schuldpräsumtionen bezüglich der subsidiarisch Verhafteten durchaus nicht dazu dienen, diese zur Bestrafung zu bringen". Diese Ansicht hat der Autor selbst später in seinem Handbuch des Strafrechts[3]) widerrufen.

Aus demselben Grunde, lediglich, weil sie nicht Strafe sein könne, vindiziert die Haftung Roteringe[4]) dem Zivilrecht („jedenfalls keine Strafe, sondern ein Institut des Zivilrechts", später „mindestens zwiespältiger Natur") und ebenso sagt Oppenhoff[5]): „Nicht Verhängung einer Strafe, sondern Zivilhaftbarkeit eines Dritten[6])."

Von anderem Gesichtspunkt aus, welcher sich der später darzulegenden Auffassung des bayer. Gesetzgebers stark nähert, fasst Weingart[7]) das Verhältnis auf, ohne sich übrigens präcise zu äussern. Er nennt es „eine auf dem persönlichen Verhältnis zwischen dem Schuldigen und dem haftpflichtigen Dritten beruhende, rein zivilrechtliche Verpflichtung dem Fiskus gegenüber". Das ist in Wahrheit Annahme eines publizistischen Forderungsrechtes des Fiskus gegen den Dritten.

Gleichfalls von dem Verhältnis des Thäters zum Haftbaren geht Meisel[8]) für das Finanzstrafrecht aus, der aber wieder in ganz eigen-

1) Jenenser Festgabe für Gneist S. 256 N. I.

2) Lehrb. d. Strafprozessrechts 1891, S. 228—231 (namentlich wegen der Haftung juristischer Personen und Jugendlicher).

3) I, 491.

4) Polizeiübertretungen 1888 S. 29 und 62.

5) St.G.B. 14. Aufl. zu §§ 2, 47, 66.

6) Im Anschluss wohl an mehrere sich dieses Ausdruckes bedienenden Urteile des preuss. Obertribunals.

7) Gerichtszeitung für das Königr. Sachsen 1879 S. 173.

8) Unrecht und Zwang im Finanzverfahren. Finanzarchiv v. Schanz 1880 S. 40 ff.

artiger Weise vom Boden des Privatrechtes her in Verkennung des Wesens der Geldstrafe das Rechtsinstitut vom Anbeginn rein zivilistisch zu konstruieren versucht. Er stellt zunächst die Freiheitsstrafe als Kriminalstrafe der „Vermögensstrafe" gegenüber, lehnt sodann die Anwendung von Grundsätzen des Kriminalrechtes für das Finanzrecht wegen der „Eigentümlichkeit der Rechtssphäre, um deren Schutz es zu thun ist" ab, bezeichnet die Subsidiarhaftung als unentbehrliches Institut des Finanzrechts und entwickelt endlich das Wesen derselben aus dem zivilrechtlichen Verhältnis des Stellvertreters bei Rechtsgeschäften, namentlich des Prokuristen. „Der Wille des Herrn gibt seinem Vertreter die Macht und das Recht des Handelns; aus diesem Willen, aus dem Grade der übertragenen Macht ergibt sich der Rechtsgrund für die Haftung", die sich für Meisel wie die Geschäftsunkosten für eine unglückliche Spekulation (die Defraude) darstellt. Zivile Schuld und Verantwortlichkeit seien also die Quellen der subs. Haftung, die nicht den Makel der Strafwürdigkeit tragen.

Zwei österreichische Schriftsteller, welche Haimann citiert[1]), Eglauer[2]) und Blonski[3]), erklären die im österreich. Gefällstrafgesetzbuch in Übereinstimmung mit unseren Gesetzen sich findende „persönliche Haftung" für die einem andern auferlegten Geldstrafen als eine Nachbildung der privatrechtlichen Haftpflicht, sparen sich aber eine weitere juristische Begründung der von ihnen im übrigen behaupteten Zugehörigkeit zu einem Zivilrecht.

Einen anderen Weg, welcher an den von Weingart beschrittenen erinnert, schlägt Wyss[4]) ein, indem er für die „Haftung für fremde culpa" als analoger Ausgestaltung der römischen Haftung des Hausherrn für die Delikte seiner Hauskinder und Sklaven, des Schiffers für seine Dienstleute und der Haftung aus tit. Dig. de his qui effuderint vel deiecerint ein quasikontraktliches Verhältnis des Haftbaren zu dem aus dem Delikte Anspruchsberechtigten, dem Staate, konstruiert, aus dem dann die Leistungspflicht abfliesst. Dementsprechend lässt er nur da eine „Haftung für fremde Schuld" zu, „wo die rechtswidrige Handlung als Ursache eines ökonomisch zu taxierenden ideellen Verlustes aufgefasst und behandelt wird, d. h. im Bereiche der mit Geldstrafe belegten Vergehen".

Dernburg[5]) spricht einfach von „zivilrechtlicher Haftung".

Den Übergang von der extremen zivilist. Richtung zu einer mehr neutralen Auffassung bildete Kronecker[6]).

Am Anfang erklärt er verzweifelnd die subsidiäre Haftung für Geldstrafen[7]) als ein undenkbares Rechtsgebilde, der Staat vollstrecke die Geldstrafe an einem Unschuldigen. Demzufolge müssten alle Ver-

---

1) a. a. O. S. 13.

2) Das österr. Steuerstrafrecht. Innsbruck 1886. S. 169 ff.

3) Manzsche Ausgabe des Gefällstrafgesetzbuches, besorgt v. Blonski, Anm. 1 zur Übersicht des II. Hauptstückes.

4) Haftung für fremde culpa nach röm. Recht. 1867.

5) Lehrb. d. preuss. Privatrechts. II. 866.

6) 2. Beitrag zur Lehre von der Geldstrafe G.A. XXVIII. 9 ff.

7) Auf diese beschränken die meisten Schriftsteller ihre Betrachtung.

suche scheitern, die Haftung juristisch zu konstruieren, insbes. festzustellen, ob sie als eine bedingte Bestrafung oder als eine subsidiäre Zivilschuld des Haftbaren anzusehen ist. Gleich darauf „scheint" ihm aber die Haftung des § 11 pr. F.D.G. im Hinblick auf § 361[9] St.G.B. rein zivilrechtlicher Natur zu sein, während er unmittelbar nachher dieselbe Haftung des § 11 l. c., welche ihm mit der Bestimmung des § 12 „pönalen Charakter zu haben scheint", als eine auf präsumtiver Komplizität beruhende Strafe erklärt, obwohl so durch § 361[9] ein Verstoss gegen den Grundsatz: ne bis in idem resultiere. Endlich „muss die Natur der Haftung des Jagdpolizei- und Fischereigesetzes als eine wesentlich zivile angesehen werden".

Die Kommentatoren der bayerischen Gesetze sehen die in diesem statuierte „Zivilverantwortlichkeit" als eine zivilrechtliche, aus einem privatrechtlichen Verhältnisse entspringende an, während sie andererseits die sonstigen Haftungen strafrechtlich zu erklären versuchen als auf Beteiligung beruhend, teils auch, wie hinsichtlich des art. 122 P.St.G.B., sich fast ganz ausschweigen. Sie geben überhaupt eigentlich nur die unklaren Gedanken des Gesetzgebers wieder und werden wir uns daher später im dogmatischen Teil mit ihnen näher zu beschäftigen haben[1]).

An den Schluss dieser Gruppe ist Lucas[2]) zu stellen; dieser pflichtet nämlich Bindings älterer Anschauung über die zivilistische Natur der Haftung bei, dem Resultate nach laufe dieselbe jedoch auf eine Bestrafung hinaus. Auch er gerät also mit sich selbst in Widerspruch, so dass Stenglein[3]) und v. Liszt in der neuesten Auflage seines Lehrbuchs ihn sogar zu den Anhängern der Strafrechtstheorie zählen.

Ganz ähnlich hatte Hugo Meyer[4]) in seiner 4. Aufl. erklärt: „Mittelbar kommt die Haftung zwar der Bedeutung einer Strafe gleich, unmittelbar ist sie aber nicht als Strafe, sondern als privatrechtliche Verpflichtung gemeint", während er in seiner 3. und in der neuesten 5. Auflage die Annahme einer „zivilrechtlichen Haftung" ausdrücklich verwirft (s. unten § 8).

§ 7.

Die Mischtheorien.

Stehen schon die letzten Schriftsteller der vorigen Kategorie gefährlich zweifelnd auf der Grenze zwischen Zivil- und Strafrecht, so verzichtet die jetzt zu betrachtende Gruppe im Hinblick auf den

1) Brater, Komm. z. F.G. in Dollmann, Die Gesetzgebung Bayerns seit Maximilian II., 2. Teil (Staats- und Verwaltungsrecht) I. Bd. 1855. S. 528 ff. Ganghofer, F.G. v. 28. III. 1852. 3. Aufl. 1898. Fessmann, Handbuch S. 144. Riedel und Reger-Reuss, Kommentare zum P.St.G.B. Die Ansicht Edels, Komm. z. P.St.G.B. v. 1861 u. 1871, die genauer begründet ist, werden wir aus den Gesetzgebungsverhandlungen kennen lernen, bei denen jener als Referent thätig war.

2) Die subjektive Verschuldung im heutigen Strafrecht. 1883. S. 137.

3) Die strafrechtl. Nebengesetze des deutschen Reichs von Stenglein. Appelius und Kleinfeller. 2. Aufl. von Stenglein allein bearbeitet 1895.

4) Lehrbuch des Strafrechts.

„Widerspruch“ des Instituts gegen die herkömmlichen zivil- und strafrechtlichen Grundsätze überhaupt auf eine diesbezügliche Subsumierung, betrachtet es als eigentümliches Produkt positiver Gesetzgebung und in seiner historischen Entwickelung, ohne sich weiter der Mühe einer jurist. Konstruktion zu unterziehen, welche doch wegen der weitgreifenden Konsequenzen aus der jeweiligen Auffassung über die rechtliche Natur nicht umgangen werden darf.

Hier ist zunächst Schönfeld[1]) zu nennen, der von dem „eigentümlichen Gebilde der Haftbarkeit“ „ohne die Eigenschaft der Strafe“ spricht, in leichter Hinneigung zur zivilist. Richtung „eine Verwandtschaft mit dem bürgerl. Recht“ vorhanden sein lässt und sich bloss bindend gegen die strafrechtliche Natur ausspricht („Haftbarkeitserklärung keine strafrechtliche Verurteilung“). Hierher ist auch vermöge der Schwankungen seiner Ausführungen in gewissen Beziehungen wieder Kronecker zu ziehen, des weiteren Ziegner-Gnüchtel[2]), welcher die Haftung halb zivilistisch, halb kriminell angehaucht sein lässt.

Im Anschluss an ein für unsern Gegenstand sehr wichtiges Urt. des R.G. v. 6. XI. 80[3]) erklärt Loebe[4]) die Haftung als „ein eigentümliches Produkt positiver Gesetzgebung, das weder in den allgemeinen strafrechtlichen noch in den zivilrechtlichen Grundsätzen über die Haftung für fremde Handlungen seine Begründung findet“.

Borchert[5]), der sich in seiner in der Note citierten Schrift trotz ihres Titels eigentlich mehr mit der Teilnahme beschäftigt, steht hinsichtlich unserer Haftung auch zaudernd an dem Scheideweg zwischen Logik und Politik. Er geht davon aus, dass die Zugehörigkeit eines Rechtsinstituts zum Strafrecht durch die strafrechtliche Verantwortlichkeit begriffsnotwendig vermittelt werden müsse, welch letztere hinwiederum auf dem Begriffe der Zurechnung beruhe. Diese fehle aber hier, weil die Haftbarkeit häufig ohne den Nachweis einer besonderen Verschuldung ausgesprochen werden müsse, und weil sogar juristische, also strafrechtlich nicht willensfähige Personen für strafrechtlich haftbar erklärt würden. Andererseits aber führe die Absprechung des Strafcharakters zu bedenklichen Konsequenzen, da dann auch die strafrechtlichen Grundsätze über Verjährung, Begnadigung etc. nicht anwendbar seien.

Zur Kategorie der Unentschiedenen ist auch Olshausen[6]) wohl zu ziehen. Derselbe stellt nämlich noch in der 3. Aufl. S. 54, Bem. 5 zu Th. I, Abschn. 1 die Subsidiarhaftung als eine „Privatgenugthuung“ mit a) der Busse, b) der Publikationsbefugnis des Verletzten und c) dem „Wertersatze“ der Forstgesetze auf eine Stufe und[7]) erklärt es für unrichtig, dieselbe als Strafübel, lediglich weil im Strafverfahren festgesetzte Rechtsverwirkung, zu betrachten, vielmehr gebe es auch

---

1) F.D.G. 1884 S. 37.
2) Zeitschr. f. St.R.W. VIII, 260.
3) S. unten § 23 II.
4) Das deutsche Zollstrafrecht. 1890. 2. Aufl. S. 139.
5) Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter. 1888. S. 2 N. 2 u. 3.
6) Komm. z. R.St.G.B.
7) Bem. 4 zu § 6 E.G.St.G.B. auch in der neuesten 5. Auflage.

polizeiliche Massregeln und eben diese Privatgenugthuungen, die als Folgen einer strafbaren Handlung vom Strafrichter im strafgerichtl. Verfahren durch Urteil ausgesprochen werden müssen oder können. In der 5. Aufl. aber[1]) fehlt jene Bemerkung, vielmehr heisst es nur: „In anderen Strafgesetzen noch vorkommende andere Privatgenugthuungen sind durch die Strafgesetzgebung des deutschen Reiches nicht berührt.“ Dieses Schweigen bezw. diese unbestimmte Fassung verbietet die Zurechnung zur zivilen oder strafrechtlichen Theorie, wenn noch hinzugenommen wird, dass der Autor bei § 28 des Ges. von der Bindingschen in den Normen aufgestellten Definition der Strafe als „ausnahmslos höchst persönlicher Leistung des der Rechtsverletzung Schuldigen“[2]) ausgeht.

§ 8.

Die Strafrechtstheorien.

Die im vorigen § angeführten Auffassungen haben, indem sie vermitteln wollen, schon vielfach implicite für die strafrechtliche Natur unserer Haftung gesprochen. Entschieden auf dieser letzteren Seite aber steht bei weitem die grösste Zahl der Schriftsteller und zwar gerade die neuesten und gründlichsten Publikationen.

Es sind hier zwei Gruppen zu sondern:

1. Die grosse Masse derjenigen, welche das Postulat: „Keine Strafe ohne Schuld“ als ausnahmslosen positiven Rechtssatz unterschieben, und demgemäss ihr ganzes Bemühen darauf richten, überall aus den vorliegenden Haftungssätzen in irgendwelcher Weise eine Verschuldung des Haftenden im Einklang mit der Schablone des allg. Strafrechts herauszudeduzieren, mag dieselbe auch noch so weit zurück in der Kausalreihe stehen, mag sie auf dem Umwege aller möglichen Präsumtionen erlangt sein.

2. Diesen ausgetretenen Pfad herkömmlicher Anschauungen hat zuerst Oetker in seiner mehrcitierten Schrift verlassen, und obwohl er gleichfalls die Haftung für fremde Strafthat und Strafe dem Strafrecht vindiziert, nicht aber so die Haftung für die zivilen Rechtsfolgen, in Bekämpfung des Satzes, dass es eine Strafe ohne Schuld nicht gebe, aus den positivrechtlichen Haftungserscheinungen eine eigenen Theorie der kriminellen Garantie (im Gegensatz zur zivilen Garantie) entwickelt, die, mit dem Zweck im Rechte arbeitend, und in der historischen Entwicklung begründet, Schuld wie Schuldlosigkeit des Haftbaren in sich begreift und nachweist, dass geradezu die Strafe ohne Schuld sich hier in der Masse noch erhalten hat.

I. Die Verschuldungstheorie.

a) Wenn wir zunächst die erstere Richtung betrachten, so ist Binding[3]) zuvörderst zu nennen, einmal, weil er in N. 4 a. a. O.

[1]) 1897 S. 91 a. a. O.
[2]) S. 108 a. a. O.
[3]) Handbuch I, S. 491.

erklärt, seine frühere Ansicht, „dass diese subsidiäre Haftung lediglich eine zivilistische sei, dürfte sich nicht halten lassen", und ferner, weil er hier ein ganz eigenartiges kriminelles Rechtsgebilde schafft. Sein Gedankengang, der vieles Beachtenswerte enthält, ist der: Überall liegt ein besonderes Verhältnis zwischen Thäter und Haftbarem vor, ferner wird letzterer nur mit seinem Vermögen haftbar gemacht, endlich befreit die Substituierung der Freiheitsstrafen den Haftbaren, die Eintreibung der Geldstrafen von diesem aber dem Thäter. „Die Absicht dieser, vom fiskalischen Interesse ungebührlich beeinflussten Gesetze geht durchaus nicht darauf aus, die Strafe auf Unschuldige zu übertragen. Vielmehr bildet der Nachweis einer culpa in eligendo oder die Schuldpräsumtion die Brücke, die vom „eigentlich Schuldigen" zum subsidiarisch Verhafteten hinüberführt, und zwar wird, wo die Annahme einer culpa in eligendo entfällt, eine Mitwissenschaft und demgemäss eine schuldhaft unterlassene Nichthinderung des Verhafteten präsumiert." Weiter verwirft Binding, „da im heutigen gem. Recht stets eigenes Verschulden des subsidiär Verhafteten angenommen und die Haftung streng auf dieses persönliche Verschulden begründet ist," die Lisztsche Theorie der Haftung für fremde Schuld und entwickelt sodann seine Theorie: „Vielmehr ist der Grundgedanke ein anderer: Der Staat legt auf die Durchsetzung seines Strafrechtes ein solches Gewicht, dass er sich für den Fall der Schuld des subsidiarisch Verhafteten aus diesem einen kriminellen Bürgen schafft. Kraft seiner Verschuldung wird der Bürge, wenn der eigentliche Schuldner leistungsunfähig ist, verpflichtet, für dessen Leistung aufzukommen." Er muss allerdings selbst zugeben, dass diese Konstruktion vom Gesetzgeber nicht mit voller Konsequenz festgehalten sei. Zum Schlusse äussert er sich über das ganze Rechtsgebilde abfällig und bezeichnet es als geradezu verwerflich, wenn dieser subsidiär Haftende zum kriminellen Bürgen gestempelt werde d. h. wenn ihm nicht Strafe nach Mass der eigenen Schuld würde, sondern er wegen seiner Schuld einfach aufzukommen habe für fremde Strafe, die von dem „eigentlich Schuldigen" auf ihn, den „eigentlich Unschuldigen, jedenfalls den weit weniger Schuldigen, übertragen werde."

Merkel[1]) schliesst sich, was die Haftbarkeit für die von einem andern durch Delikt verwirkte Strafe betrifft, Binding vollkommen an und unterscheidet hiervon „die Haftung in Bezug auf das gleiche Delikt aber nicht in Bezug auf dieselbe bestimmte Strafe" des § 21 Pressges.

Auch bei Hälschner[2]) finden sich ähnliche Gesichtspunkte. (Präsumtion der Mitschuld). Erwähnt darf hierher auch noch werden, dass schon vor Binding ein anderer Autor, Loebe[3]), die „strafrechtliche Verantwortlichkeit für das Delikt eines andern" dem zivilrechtlichen Bürgschaftsverhältnis ganz analog erklärt hat.

Ditzen[4]) bekämpft die Annahme einer zivilen Haftung als praktisch unmöglich und theoretisch unrichtig und stimmt mit Binding

[1]) Lehrb. d. Strafrechts 1889. S. 174.
[2]) Handbuch d. Strafrechts II, 1008, 1009.
[3]) Begnadigungsrecht. Worms 1881.
[4]) Zeitschr. f St R.W. X, 129 N. 26.

dahin überein, dass das Gesetz eine Verschuldung des subsidiarisch Haftbaren „voraussetze oder (?) vermute."

b) Von den Commentatoren sind die des § 361[4] u. [9], bes. Meves[1]), Oppenhoff, Rüdorff-Stenglein[2]) wegen der Besonderheit dieses Haftungsfalls natürlich vollkommen der strafrechtlichen Anschauung und aus jenem Grunde hier zu übergehen.

Dagegen ist in Hinsicht auf die fiskalischen Gesetze Stenglein anzuführen[3]):

Dieser zerreisst das seiner Rechtszugehörigkeit nach doch wohl einheitliche Haftungsconglomerat dieser Gesetze und weist den einen Teil dem Strafrecht, den anderen dem Zivilrecht zu, ersteres, soweit die Gesetze von einem Mitwissen sprechen, und von einem Nichtabhalten, das aber nur bei dolus unter Strafe stehe[4]), letzteres bei den Fällen der im Gesetze statuierten Fahrlässigkeit, also bei der oben als zweite Gruppe bezeichneten mit Ausnahme des letzten Gesetzes. Und zwar folgert Stenglein[5]) das lediglich aus den Worten: „Haftet mit seinem Vermögen". Diese liessen den Charakter der Haftung als einen zivilrechtlichen hervortreten. Trotzdem habe die preussische Praxis das Gesetz als Strafgesetz und die Strafbarkeit des vertretungspflichtigen Unternehmers durch Vernachlässigung der Pflichten desselben bei Auswahl und Beaufsichtigung der Untergebenen erklärt. Dies erkläre immerhin die Behandlung der Haftung im Strafverfahren und die dem Haftenden analoge Stellung des um die Verbindlichkeit Angesprochenen. Strafe für ein Fahrlässigkeitsdelikt sei die Haftung nicht, da dieselbe in diesem Falle nicht von der Unvermögenheit des eigentlich Schuldigen bedingt und der Steuerbehörde nicht freigestellt sein könnte, ob sie gegen den subsidiarisch Verhafteten oder gegen den Schuldigen mit dem Strafvollzuge vorgehen wolle.

Trotzdem erklärt Stenglein die subs. Haftung für Steuern (!), Geldstrafen und Kosten bei der ersten Gruppe für eine strafrechtliche auf Grund der Vermutung der Mitschuld[6]). Im Näheren verweist er auf Kleinfellers Ausführungen in der 1. Aufl. Dortselbst[7]) findet sich folgende Deduktion: Die rechtliche Natur der subsid. Haftung kann zweifellos keine andere sein, als die der primären Haftung, die im öffentlichen Recht begründet und in keiner Weise Gegenstand privatrechtlicher Ansprüche ist. Ebenso fehlt auch für die Subsidiarhaft ein privatrechtlicher Entstehungsgrund. Die allg. Kategorie der oblig. ex lege reicht nicht aus, weil doch nicht alle Ansprüche des Fiskus, welche aus dem Gesetz entstehen, privatrechtlich sind. Vielmehr haftet der Dritte für die Folgen der Steuerhinterziehung, weil er für die Steuer selbst haftet; also ist der Verpflichtungs-

1) Strafgesetznovelle v. 26. II. 1876 bei Bezold, die Gesetzgebung des deutschen Reiches III. Teil, II. Bd.
2) R.St.G.B.
3) Die strafrechtl. Nebengesetze des deutschen Reiches. II. Aufl. 1895.
4) Bem. 3 zu § 32 Brtw.St.G. v. 1887. S. 937.
5) Bem. 3 zu § 66 Brtw.St.G. v. 1868. S. 964.
6) Vergl. z. B. Bem. zu § 43 T R.G. S. 924.
7) S. 1068.

grund ein öffentlich rechtlicher. Frage kann nur sein, ob finanzrechtlicher oder strafrechtlicher. Für letztere Ansicht spricht vor allem der Gegenstand der Haftung und die Rechtsgeschichte, endlich die Fassung der Gesetze selbst in vielen Punkten, wie dann des Näheren ausgeführt wird.

So weist der Stengleinsche Kommentar ein sehr buntes Bild und viele Inconsequenzen, es war des Totaleindrucks halber auch der zivilrechtliche Teil seiner Anschauungen hier anzuführen.

Anschliessend sei neben dem nicht weiter über die Konstruktion der Haftung sich äussernden Dalcke[1]), welcher „die Haftbarkeit an sich eine Art Strafe" nennt, noch Loewe[2]) citiert. Derselbe sagt: „Die Festsetzung der subsidiarischen Haftbarkeit eines Dritten für die Geldstrafen ist an sich nichts anderes, als die Verhängung einer solchen Strafe selbst."

Haben sämtliche vorerwähnte Schriftsteller namentlich die Zoll- und Steuergesetze im Auge, so äussern sich die Kommentatoren der preussischen Gesetze, der Tendenz derselben entsprechend, sehr entschieden im strafrechtlichen Sinn und zwar in einer ganz bestimmten den bezüglichen Landtagsverhandlungen folgenden Weise. Waren sie ja meist am Gesetzgebungswerke selbst beteiligt.

So erklären Oehlschläger und Bernhardt[3]): „Der gesetzgeberische Grund der Haftbarkeit ruht in der Vermutung einer Komplicität des Gewalthabers, (des Auftraggebers, der Dienstherrschaft) mit dem Hauptschuldigen, die Haftbarkeit ist also als Strafe aufzufassen."

Obwohl später diese Autoren von der Gruppe derjenigen, welche eine Schuldpräsumtion annehmen, zu eximieren sein werden, muss ich sie doch des einheitlichen Grundgedankens halber hier erwähnen, um mich nunmehr den entschiedenen Anhängern jener Theorie zuzuwenden. Auf umgekehrtem Weg kommen nämlich zum gleichen Ziel, aber wie sich herausstellen wird, bei total verschiedener juristischer Konstruktion, v. Bülow und Sterneberg[4]): „Die Haftbarkeit ist als (Geld) Strafe aufzufassen, sie setzt daher ein Verschulden voraus, letzteres wird aber vom Gesetze als vorhanden angenommen (präsumiert), sofern nicht Umstände festgestellt werden, aus welchen sich das Gegenteil ergiebt."

Vollkommen ebenso Günther[5]), der auch den Begriff der intellektuellen Urheberschaft nach betont, und mit denselben Gründen derselbe in seinem zweiten Kommentar[6]). (U.A.: „Der juristische Charakter der Haftbarkeit eines Nichtthäters in allen Fällen des § 51 bleibt immer der aus der Komplicität folgende einer Strafe"), ferner in seinem Komm. zum alten H.D.G. v. 1852[7]): „Präsumtion einer Teilnahme am Diebstahl oder dessen Vorteilen oder einer Mitwissenschaft um den-

1) Strafrecht u. Strafprozess.

2) Kommentar zur R.St.P.O. 9. Aufl. bearb. v. Hellweg 1898. Anm. 1b zu § 454 (Gefällstrafverfahren).

3) pr. F D.G. 4. Aufl. 1886. S. 37 N. 3 zu § 11.

4) pr. F.F.P.G. 4. Aufl. 1895 S. 9 N. 3 zu § 5.

5) F.D.G. 1878 S. 42 ff.

6) F.F.P.G. 1880 S. 17 ff.

7) Die preuss. Polizei- und Strafgesetzgebung in Feld- und Forstsachen. 1874. S. 60.

selben.“ Daude[1]) spricht farblos von einer Mithaftung dritter Personen, acceptiert aber dann auch die Komplicitätstheorie. Eichhorn[2]) steht gleichfalls auf der Lehre der „Strafe wegen Komplicität“ und dem mögen angefügt werden Förster-Eccius[3]) und Ziebarth[4]), welche für das preussische Recht gleichfalls strafrechtliche Haftung statuieren.

c) Endlich kommen wir zu den vier Schriften, welche sich ex professo mit der Haftung Dritter im geltenden Recht beschäftigen und sämtliche zu der generellen Annahme einer strafrechtlichen und in der Hauptsache präsumierten Verschuldung eines eigenen Deliktes gelangen. Als die scharfsinnigsten und am genauesten prüfenden Vertreter erscheinen hievon Leverkühn[5]) und Engels[6]) in ihren Monographien, welche nicht nur die fiskalischen Gesetze des Reichsrechts, sondern gerade auch die preuss. Partikulargesetze ihren Betrachtungen unterwerfen.

Leverkühn zieht aus den Gesetzestexten besondere und durch besondere Strafdrohungen geschützte Normen heraus, welche eine Pflicht des Haftbaren, deren Verletzung eine Schuld desselben darstellten. Es seien jene somit Strafrechtsnormen, die Folgen ihrer Übertretung in der Richtung auf Strafe Straffolgen. Die Rechtsstellung der Übertreter jener Normen werde keine wesentlich andere dadurch, dass ein staatlich angedrohtes Übel sie nicht schlechtweg, sondern nur eventuell, nur beim Vorhandensein eines nicht in ihrer Person und nicht in ihrer That liegenden Umstandes treffe. Der Anspruch sei ein principaler aus der Übertretung der dem Haftbaren gesetzten Norm und die ihn treffenden Geldstrafen nicht etwa die auf ihn übertragene Strafe des eigentlich Schuldigen, sondern nur ebenso hoch. Da aber dem Staat die Durchführung nur des Anspruches aus dem schwereren Delikt genüge, so stelle er aus diesem Grunde jene doppelte Bedingung für die Bestrafung des Haftbaren oder besser Prozessvoraussetzung auf: 1. einen staatlichen Strafanspruch gegen den Hauptschuldigen, 2. Undurchführbarkeit der Vollstreckung desselben wegen Unvermögens des Hauptschuldigen. Daraus wird der allg. Satz formuliert: „Subsidiarische (!) Haftbarkeit ist materiell rechtliche Strafbarkeit. Der Strafanspruch des Staates gegen den subsidiarisch Haftbaren hat zur strafprozessualischen Voraussetzung das Bestehen eines — undurchführbaren — Strafanspruches gegen den Hauptschuldigen.“

Engels geht vom Strafbegriff und der Gegenüberstellung der Strafe zum Schadenersatze aus. Er versteht unter Strafe die einem Menschen als Folge seines schuldhaften Verhaltens von dem die Strafgewalt ausübenden Staate zugefügte Verletzung seiner rechtlich geschützten Interessen, unter Geldstrafe die auf zwangsweise Minderung der dem Schuldigen zustehenden Vermögensrechte gerichtete Strafe.

---

1) F.F.P.G. 4. Aufl. 1900. Bem. 1 u. 3 zu § 5.

2) Groschuff, Eichhorn und Delius, Die preuss. Straf-Ges. S. 2.

3) Theorie und Praxis des preuss. Priv.-Rechts I, 557.

4) Forstrecht 1889. S. 339.

5) Die subsidiarische Haftbarkeit für Geldstrafen Dritter nach Reichsrecht und preuss. Recht in G.A. XXXVIII, 291 ff.

6) Der strafrechtl. Charakter der subs. Haftbarkeit für Geldstrafen Dritter. Z f. St.R.W. XII, 127 ff.

Der Strafbegriff setze ein subjektives Verschulden und somit eine Kausalität des Schuldigen im Sinne der Zurückführbarkeit der That auf seinen Willen voraus. Eine Haftung für fremde Geldstrafe könne nur gegen eine strafrechtlich schuldige Person verhängt werden. Hierauf bringt er den Nachweis des Erfordernisses der Verschuldung in den Haftungsfällen, sei es, dass dem Haftbaren culpa in eligendo oder custodiendo nachgewiesen werden müsse, sei es, dass die Mitwissenschaft und daher schuldhaftes Unterlassen der Hinderung präsumiert werde. Dazu komme noch der praktische Gesichtspunkt, dass der Staat gerade in den einschlägigen Gebieten, bes. aus fiskalischen Gesichtspunkten, wesentliches Gewicht darauf lege, dass die Geldstrafen wirklich beigetrieben werden, während andererseits die Hauptschuldigen meist mittellos sind, und deshalb habe der Staat zur Durchsetzung dieses Zweckes hier eine kriminelle Verantwortlichkeit konstruiert.

Engels nennt demgemäss die Haftung „eine eigenartige, durch die positive Gesetzgebung geschaffene Strafe der subsidiär Verpflichteten, die indes bezüglich ihrer Vollstreckung durch das Zahlungsunvermögen des Hauptschuldigen bedingt ist". Dieser Deduktion lässt er dann die Induktion folgen.

Es reihen sich an zwei bloss das fiskalische Recht, nur die dortige subsidiarische Vertretungsverbindlichkeit unter ausdrücklicher Negierung einer Heranziehung des Partikularrechts behandelnde Arbeiten, nämlich die von Haimann[1]) und eine Erlanger Diss. von Büren[2]).

Haimann, der hinsichtlich der Gründlichkeit seiner Ausführungen den beiden vorgenannten Autoren als Dritter zur Seite zu stellen ist, konstatiert zunächst, dass die Haftung als dem Staate gegenüber begründet, dem öffentlichen Rechte angehört und dass vermöge des Charakters der Strafe als einer höchst persönlichen Pflicht des Delinquenten, sowenig der Erbe nach den Grundsätzen des Zivilrechts zur Bezahlung der Strafe seines Erblassers herangezogen, ebensowenig irgend einer anderen Person eine zivilrechtliche Haftung für Strafe auferlegt werden könne; die Haftpflicht für eine Strafe könne vielmehr nur auf dem Wege des öffentlichen Rechtes statuiert werden. Nunmehr ordnet der Autor das Rechtsinstitut dem Strafrecht ein, indem er unter Betonung der eigenartigen Natur des Zoll- und Steuerstrafrechts und der Konsequenzen darlegt, dass man deshalb unser Rechtsinstitut nicht „in den spanischen Stiefel der allgemeinen kriminalrechtlichen Regeln einschnüren" dürfe. Alsdann entnimmt er zunächst den Gesetzen eine selbständige Verschuldung und daher wenigstens mittelbare Kausalität des Haftbaren für die That und stellt daraufhin die Auferlegung der subs. Haftung für die verwirkte Geldstrafe als eigenes selbständiges Strafmittel für dieses Verschulden hin, und zwar unter Bekämpfung von Leverkühns „Prozessvoraussetzung": Die Geltendmachung des Anspruches auf subs. H. sei keineswegs dadurch bedingt, dass die Geldstrafe von dem „eigentl. Schuldigen" nicht beigetrieben werden

[1]) Die rechtliche Natur der subsidiarischen Vertretungsverbindlichkeit dritter Personen nach den Zoll- und Steuergesetzen des deutschen Reiches. München 1892.

[2]) Die subsidiäre Haftung für Geldstrafen, zu denen andere verurteilt werden, nach den Gesetzen des deutschen Reichs. 1896.

könne. Vielmehr sei die Insolvenz des letzteren lediglich Vollstreckungsvoraussetzung. Somit sei auch Bindings Konstruktion eines Strafe schuldenden Subjekts mit zwei Häuptern unrichtig, vielmehr jedes der beiden Subjekte erleide für seine eigene Schuld seine eigene Strafe. Auf Grund dieser Auffassung sei es überhaupt schwer, irgend eine Anomalie gegenüber anderen strafrechtlichen Bestimmungen zu finden.

Über die Schrift Bürens endlich sind nicht viel Worte zu verlieren. Dieselbe stellt sich lediglich als eine Kompilation aus den letztgenannten Schriftstellern, namentlich von Haimann dar, steht demgemäss mit denselben Argumentationen auf dem einseitigen Standpunkte eines eigenen Deliktes des Haftbaren, wobei die Verschuldung teils präsumiert wird, teils nachgewiesen werden muss. Aus Eigenem kommt der Verfasser nur mit unrichtigen Behauptungen hinsichtlich der Haftung Deliktsunfähiger bezw. Minderjähriger und juristischer Personen, bei welch letzteren es sich hinsichtlich der Schuldfrage um den Durchbruch eines neuen Rechtsgedankens gegenüber einer älteren communis opinio handle (!?), wie er überhaupt bereits in seiner geschichtlichen Betrachtung unser Institut als „ganz und gar ein Produkt der modernen (der preussischen Steuer-) Gesetzgebung dieses Jahrhunderts" erklärt (es fehle vollständig der Bindestrich zwischen den Bestimmungen des alten deutschen Rechts und „unserem modernster Rechtsentwicklung angehörenden Institut"), in völliger Unkenntnis des Durchgangs derselben durch den Polizeistaat! Auch bezüglich des Verhältnisses zur Teilnahme stellt er eine unrichtige Konstruktion hin, während er bezüglich der Frage des Regresses und der Strafaufhebungsgründe, über die er sich endlich noch auslässt, wieder ganz in den Bahnen Haimanns wandelt[1]). Die nähere Kritik dieser Einzelheiten an dieser Stelle bleibt erspart.

II. Die neutralen Ansichten.

Im Übergang von Abschn. I unseres § gehört ein älterer Schriftsteller, Kersting[2]), an diese Stelle, der in gewisser Beziehung zugleich schon die Überleitung zum folgenden bildet. Auch er verlangt nämlich im allgemeinen Schuld, manchmal aber gründe sich die Verpflichtung auf ein Verhältnis, bei welchem kein Verschulden vorausgesetzt werde.

Ebenso ist hierher Meyer in seiner 5. Aufl.[3]) zu stellen, weil er im Unterschied zu der in seiner 3. Aufl. bestimmt behaupteten Mitschuld der dritten Personen hier sagt: Auch die Teilnahme setzt subjektive Verschuldung voraus, wovon freilich im älteren Recht weitgehende Ausnahmen gemacht werden, welche auch dem geltenden Rechte nach nicht völlig fremd sind. Und er verweist in der N. 19 hierzu auf „die Haftung Dritter für Geldstrafen, die das ältere Recht in weiterem Umfange aufstellte und die auch nach dem geltenden Recht noch in den Nebengesetzen (Polizeigesetzen, Forststrafgesetzen,

1) Bis auf eine einzige kleine Richtigstellung desselben.
2) Strafrecht in Kurhessen. § 59 ff.
3) S. 224 u. 373.

Zoll- und Steuerstrafgesetze) vorkommt.“ Die Einrichtung sei nicht eine zivilrechtliche, sondern eine strafrechtliche, wenn auch nicht eine Strafe, sondern nur eine im Wege des Strafprozesses zu verwirklichende Haftung für eine fremde Strafe.

Ferner auf S. 377: Geldstrafe nicht eine auf dem Vermögen des Verurteilten lastende Zivilschuld, sondern eine wirkliche Strafe. Daher grundsätzlich unrichtig die Haftung für die Geldstrafe, welche das geltende Recht unter Umständen dritten Personen auferlegt. (In N. 21 hierzu die R.G.Entscheidungen, welche die Einrichtung als eine strafrechtliche, jedoch besonders gestaltete ansehen.)

Schliesslich erwähne ich hier Trautvetter, Zollstrafrecht[1]), welcher die über die Haftung ergangenen strafrechtlichen Erkenntnisse anführt, Havenstein, Zollgesetzgebung[2]), und vor allem den Kommentar zum Vereinszollgesetz von Wiesinger[3]), gleichfalls einem höheren Zollbeamten, welcher in Anm. d. zu § 153 l. c. „diese weder in sonstigen Strafgesetzen, insbesondere in den strafrechtlichen Grundsätzen über Zurechnung strafbarer Handlungen, noch im Zivilrecht über die Haftung für fremde Handlungen begründeten Vertretungsverbindlichkeit des § 153 V.Z.G. als ein eigentümliches Produkt der Zollgesetzgebung, — eine Strafe ohne kriminalistischem Verschulden —“ bezeichnet.

Im Handbuch von Elster, Lexis und Löning endlich ist ebenfalls zu jenem § gesagt[4]): Auf diese Haftung finden alle Grundsätze der Strafe Anwendung, soweit sie sich nicht auf ein kriminalistisches Verschulden beziehen.

III. Oetkers Garantielehre.

Gegenüber der einseitig auf der Schuldtheorie basierenden Lehre sub I, die überdies das Haftungsinstitut schliesslich nur in einzelnen Erscheinungsformen betrachtet und den Dogmen einfach unterordnet, hat Oetker in seiner bereits bekannten Schrift das Gesamtinstitut unserer Haftung ex professo untersucht und nachgewiesen, dass es sich in allen jenen Fällen nur um die vereinzelte Anwendung eines umfassenden Prinzips handelt, desjenigen der Garantie, welche sowohl eine kriminelle, als auch, wenn es sich um lediglich privatrechtliche Beziehungen und Zwecke handelt, eine zivile sein kann, dass aber für jene wie für diese eine Schuld des Garanten nicht durchweg Begriffserfordernis ist, sondern im Gegenteil in der Mehrzahl der Fälle von einer solchen abstrahiert würde. Wäre daher der Satz: Keine Strafe ohne Schuld, mehr als ein Postulat der Gerechtigkeit, so wäre die Möglichkeit einer Subsumtion dieses Rechtsinstituts, bezw. eines Teiles desselben, unter das Strafrecht ausgeschlossen. Aber die (kriminelle) Haftung stelle eben eine Durchbrechung jenes Postulats durch das positive Recht dar und gehöre ins

---

1) S. 14 ff.
2) S. 147.
3) 1896 Ansbach bei Brügel.
4) VI, 852.

Strafrecht, das aus praktischen Rücksichten ohne sie nicht auskommen zu können glaube.

Grundtendenz: Prävention gegen das Unrecht.

Oetkers Theorie konzentriert sich in folgende grundlegende Sätze[1]):

„Der Gesetzgeber glaubt sein Ziel, bestimmte Schädigungen vom Rechtsgebiete fern zu halten, am sichersten und in möglichst weitem Umfange dadurch zu erreichen, dass er neben den möglichen Thätern und Theilnehmern bestimmte andere Personen an dem Unterbleiben der Handlung oder Unterlassung interessiert, indem er auch ihnen unbedingt oder unter bestimmten Voraussetzungen Rechtsfolgen, eine Einbusse an Rechtsgütern in Aussicht stellt, wenn jene Handlungen geschehen. Beschränkt der Gesetzgeber diese Anordnung auf Personenkategorien, für die durchschnittlich die nahe Möglichkeit des Verhinderns der Missethat zutrifft, so ist, da das eigene Interesse einen sehr starken Antrieb zur Thätigkeit bildet, die Berechnung des Gesetzgebers im Durchschnitt psychologisch vollkommen zutreffend."

„Die Thätigkeit des Gesetzgebers ist stets prävenierend, die haftbaren Personenkategorien sollen, in ihrem Interesse getroffen, das Unterbleiben der Missethat garantieren. Der Vollzug der angedrohten Rechtsfolge ist entweder repressiv oder präventiv, je nachdem zur Bestrafung Verletzung einer Hinderungspflicht erfordert wird oder nicht. Im ersteren Fall ist die Garantie nur eine materielle, im letzteren ist sie zugleich formell."

Die strafrechtliche Natur dieser Garantie wird nun von Oetker näher begründet. Bei materieller Garantie erscheine der Garant (formell) als Subjekt eines selbständigen Unterlassungsdeliktes und diese seine Thäterschaft werde an sich ganz nach den allg. Grundsätzen des Strafrechts bestimmt. Mit der Beziehung der materiellen Garantie als Vorbeugungsmittel auf einen Hinderungszweck des Gesetzgebers sei ihr präventiver Charakter erschöpft, die Realisierung der Haftung, die den Garanten als Rechtsfolge seines Ungehorsams, Strafe seines Deliktes, seiner Pflichtverletzung treffe, falle ins strafrechtliche Gebiet der Repression. Bei der formellen Garantie dagegen, wo eine straffällige That nicht oder doch nicht notwendig erforderlich ist, beruhe das den Dritten treffende Rechtsübel nicht auf dem Prinzip der Gerechtigkeit, sondern auf dem Abschreckungssystem, es liege in der Konsequenz der Interessentheorien des Strafrechts, dem es durch diesen seinen Strafzweck angehört. Das den Garanten treffende Rechtsübel sei hier recht eigentlich kriminelle Verantwortlichkeit für fremde That, entbehre des kausalen Zusammenhangs mit einem Delikt, sei poena, aber sine crimine.

Weiter tritt in diesen Gebieten noch eine kombinierte Rechtsfigur auf, die „Thäter-Garantenschaft".

„Statt die Strafe auf den Thäter zu beschränken, und daneben etwa noch eine Haftbarkeit Dritter auszusprechen, wird der Thatbestand unter Strafe gestellt, und eine bestimmte Person, die Thäter

---

[1]) a. a. O. S. 93.

sein kann, leicht aber nur Garant ist, dafür zur Verantwortung gezogen.“ Diese Rechtsfigur sei eine allgemeine, auch im Zivilrecht sich findende[1]), und trete immer da auf, wo die Eruierung des wirklichen Thäters schwierig oder aussichtslos wäre. Das Recht gibt sich gar nicht die Mühe in dieser Richtung, sondern hält sich gleich an den Haftenden, der nun alternativ als Thäter-Garant für das Delikt haftet, gegebenen Fall mit Regressrecht gegen den wahren Thäter[2]).

Der Theorie Oetkers folgt Vorberg: Die Einziehung der Produkte und Werkzeuge eines Delikts ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht[3]).

Soweit die Theorie. Was die Ansichten der Praxis anlangt, so werden wir dieselben später bei der näheren Betrachtung des positiven Rechtes kennen lernen.

III. Kapitel.

Die Entstehungsgeschichte der geltenden Gesetze und die Auffassung des Gesetzgebers über die rechtliche Natur des Instituts.

Es soll dieses Kapitel die letzte der Grundlagen geben, an welche die selbständige Untersuchung sich ansetzen kann.

Die Verhandlungen, wie sie der Emanation eines Gesetzes in den Parlamenten vorausgehen und namentlich die von der Staatsregierung beigegebenen Motive sind ein für das Verständnis schwieriger Gesetze sehr wichtiges Mittel, indem sie die Gründe und Zwecke der Bestimmungen enthüllen. Und wenn auch namentlich vor einem übertriebenen Motivenkultus zu warnen ist, da der Wille des parlamentarischen Gesetzgebers ein sehr kombinierter und dadurch oft in sich widerspruchsvoller ist, wenn auch ferner dieser Wille oft an den Worten des Gesetzes seine unübersteigbare Schranke findet, so sind doch die Materialien immer das lebendige Fleisch und Blut, welches das Skelett des Gesetzes, den Wortlaut umhüllt und durchströmt, ihm erst die Individualität verleihend.

Weiter noch ersieht man neben der Anschauung der verschiedenen, vielfach durcheinandergehenden Auffassungen aus den Gesetzgebungsverhandlungen, und das ist für unsere Spezialmaterien das Entscheidende, auch den legislativen Werdegang der fraglichen Bestimmungen, indem wir auf die älteren Gesetze zurückgehen, aus welchen sich die geltenden nachweislich entwickelt haben. Wir begegnen dabei ferner anderen Gesetzen verwandten Inhalts, welche für die Gestaltung jener mitbestimmend waren. So stellen wir auch den entfernteren rechtshistorischen Zusammenhang her, und werden aus jenen Momenten,

---

1) actio de effusis et deiectis.

2) So will Oetker auch die pressrechtl. Verantwortlichkeit des Redakteurs auf diesem Fundament mit einigen Modifikationen aufbauen (s. dessen oben S. 3 N. 4 citierte Schrift), doch ist er hier von anderer Seite bekämpft worden.

3) Rostocker Diss. 1895.

namentlich für das bayer. Recht, die wichtigsten Schlussfolgerungen ableiten können, während wir vorerst schon mitten in die Fragen hineingeworfen werden, um die es sich hier dreht.

Aus diesen Gründen gebe ich hier die bezüglichen Verhandlungen ziemlich ausführlich wieder, um erst dann und von da aus zu eigener Konstruktion des Instituts vorzuschreiten. Auch halte ich es wissenschaftlich für die richtigere Methode, nicht mit den gefundenen Resultaten zu beginnen und diese dann zu begründen, sondern von dem Gegebenen und Vorhandenen auszugehen und so in allmählich dabei sich ergebender Bildung einer eigenen Auffassung gemeinsam mit dem Leser ans Ziel zu gelangen.

§ 9.

Das bayerische Recht.

Wenn hier zunächst das bayerische Recht betrachtet wird, so geschieht das aus dem Grunde, weil die bezüglichen Gesetzgebungsverhandlungen zum Teil historisch älter sind als die preussischen und auch innerlich einer weiter zurückliegenden Etappe der Entwickelungsgeschichte der Haftung angehören.

A. Das Forstrecht.

I. Das rechtsrheinische Recht.

Für die Landesteile diesseits des Rheins kommt zunächst der nicht verabschiedete Entw. von 1846 in Betracht, auf dessen Motive diejenigen des schliesslich zum Gesetz gewordenen 2. Entw. von 1851 Bezug nehmen. Jener Entw. beruht hinwiederum auf damals schon geltendem pfälzischen Recht. Trotzdem soll dieses erst an 2. Stelle vorgeführt werden, da sich dadurch, wie sich später zeigen wird, die Eigentümlichkeit der Bildung klarer heraushebt.

Kehren wir also zu den beiden oben genannten Entwürfen zurück. Ihr Text deckt sich in allen wesentlichen Punkten mit dem im I. Kapitel angeführten des geltenden Rechts. Überall heisst es am Kopfe der Bestimmungen: „Als zivilverantwortlich sind mit dem Frevler vorzuladen und als haftbar für die Geldstrafe, Wert- und Schadensersatz und Kosten mit zu verurteilen“ die und die Personen. Der Begriff dieser Zivilverantwortlichkeit ist für das bayer. Recht grundlegend und ihm eigentümlich.

Das Prinzip der Haftbarkeit wird in den Motiven zu art. 78 des 1. Entw. [1]) (art. 60 des 2. Entw., art. 68 des Gesetzes von 1852, art. 69 in heutiger Fassung) mit folgenden Worten bezeichnet:

„Infolge verschiedener bürgerlicher und Familienverhältnisse steht gewissen Personen über andere eine rechtliche Gewalt zu, vermöge derer sie einerseits befugt sind, die Handlungen derselben zu

1) V. d. K. d. A. 1845/46 B.B. I, 225, 226.

überwachen und zu leiten, dagegen auch die Pflicht haben, durch diese Aufsicht die ihnen Anbefohlenen in den Schranken der Ordnung zu erhalten. Sie können wegen dieser Verhältnisse, welche in art. 78 einzeln aufgeführt sind, für die Handlungen ihrer Familienglieder und Untergebenen etc. verantwortlich erklärt werden, da angenommen werden muss, dass sie vermöge ihrer Aufsicht dieselben hätten verhindern können. Diese Möglichkeit darf in der Regel vorausgesetzt werden, weshalb die Haftbarkeit insolange geltend gemacht werden muss, als nicht der Beweis der Unmöglichkeit geliefert ist, die fragliche Übertretung zu verhindern. Nachdem die bezeichnete Haftung aus einem zivilrechtlichen Verhältnisse entspringt, so erstreckt sie sich auch nur auf das Vermögen“ [1] [2]). Demgemäss hiess es im ursprünglichen Entw.: „Als zivilrechtlich verantwortlich“, was dann in das Wort zivilverantwortlich zusammengezogen wurde.

Da nun der bayer. Gesetzgeber auf diesen „zivilrechtlichen Verhältnissen“ seine Ansicht von der Natur der Haftung aufbaut, ist es zweckmässig, hier bereits einen Blick auf dieselben zu werfen. Für die I., im Gesetz sub. Z. 1 [3]) aufgeführte Kategorie von Verantwortlichen ist es die Ehe und die aus ihr entspringende eheherrliche Gewalt des Mannes über die Frau, welche die Haftung begründet, für die II. Kategorie (Z. 2) die patria potestas des Familienhauptes [4]) über die noch nicht durch Abteilung, Verheiratung oder Begründung einer separata oeconomia emancipierten Hauskinder, für die III. Kategorie die Vormundschaft und die delegierte patria potestas oder Erziehungsgewalt, für die IV. Kategorie (Z. 4) die locatio conductio operarum (Dienstmiete) und die daraus entspringende Dienstpflicht. Gemeinsam ist diesen vier Klassen das Merkmal des gemeinschaftlichen Hausstandes, das bei den folgenden nicht erforderlich ist.

Bezüglich der weiteren Klassen differiert der 1. Entw., indem er als V. Kategorie aufführt: „die Dienstherrn und Kommittenten für ihre Arbeiter und sonstigen Untergebenen, namentlich die Lehrherren für die Frevel ihrer Lehrlinge und Gesellen, solange alle diese unter der Aufsicht der erwähnten Individuen stehen.“ Hier sind also die sonstigen Dienst- und Auftragsverhältnisse ausser dem der häuslichen Dienstboten begriffen.

Im 2. Entw. und im Gesetz ist diese Ziffer in zwei auseinandergezogen (5 u. 6), und während es hinsichtlich der Lehrmeister und Gewerbsleute gegenüber ihren Zöglingen, Gesellen und Gehilfen bei Vorstehendem gelassen wurde, sohin bei einer schlechthinigen generellen Haftung bis zu deren Austritt aus der Lehre oder Arbeit [5]), wird diesen

---

1) Diese ratio legis nimmt der 2. Entwurf einfach in sich auf. Motive zu diesem, V. d. K. d. A. 1851/52 B.B. I, 630.

2) Bezüglich der Forstpolizeiübertretungen vergl. Motive zu art. 58 I. Entw.: „In Ansehung der Verantwortlichkeit für die Handlungen der im Familien- und Dienstverband stehenden Personen finden die Bestimmungen des art. 78 im II. Teil (vom Forstfrevel und dessen Bestrafung) analoge Anwendung.“

3) s. oben § 4 S. 11.

4) Auch die analoge mütterliche Gewalt!

5) Solange unterstehen sie wenigstens nach damaligem Gewerberecht dieser Aufsicht.

eine neue (VI.) Kategorie der „Geschäftsgeber" gegenüber gestellt, und unter diesen einmal die Gewerbsleute in ihrer Beziehung zu nichtständigen Arbeitern, und ferner hauptsächlich die Auftraggeber, die nicht Gewerbsleute sind, im Verhältnis zu den Personen, welchen sie die Ausführung einer Verrichtung für sich aufgetragen oder anvertraut haben, verstanden. Also Mandat bezw. Dienstmiete, ausnahmsweise eventuell Werkvertrag. Und hier wird die Haftung auf den Fall beschränkt, dass die That in oder bei Ausführung der einzelnen Verrichtung geschah, während dort noch der Gedanke des alten familiären Verbandes zwischen Meister und Gesellen und Lehrlingen nachklingt.

Die letzte (VII.) Kategorie anlangend, nannte der 1. Entw. hier die Eigentümer des Viehes für die aufgestellten Hirten. Der 2. Entw. und das Gesetz aber spricht von Dienstherrschaften dieser Personen, sofern der Frevel bei der Dienstverrichtung geschah, die VII. Kategorie sohin der vorhergehenden angleichend [1]) (Z. 7).

So ergiebt sich in der That überall ein zivilrechtliches Verbands- und Autoritätsverhältnis. Daraus entwickelt nun aber der Gesetzgeber seine Idee weiter. Im Anschluss an die vorhin citierten Auslassungen fahren die Motive nämlich fort: „Die haftbaren Personen können daher, jedoch vorbehaltlich des Regresses [2]), wo ihnen solcher möglich und von Nutzen ist, an den Thäter, statt dessen in den Ersatz des Wertes und Schadens, in die Geldstrafe und die Kosten verurteilt werden. Ist aber die That mit Arreststrafe belegt, so kann dieselbe nur den Thäter selbst treffen, wie auch, wenn beide arm sind, die in Arrest umgewandelte Geldstrafe nur der letztere zu erstehen hat."

Die Haftung wird sohin ohne Unterschied zwischen Strafe und Ersatz als eine **zivile** angesehen, ausschliesslich auf das zivilrechtliche Verhältnis basiert. Dieses verleiht seinem Träger an sich das Recht und die Macht einer gehörigen Aufsicht und so wird in Abs. II sekundär dem an sich Verantwortlichen die Möglichkeit eröffnet, sich durch den Beweis der Hinderungsunmöglichkeit von der Haftung zu befreien und an diesen Beweis werden dann nach der Intensität des Gewalt- und Aufsichtsverhältnisses grössere oder geringere Anforderungen zu stellen sein. Aber ersteres bleibt als das alleinmassgebende, die Haftung gilt daher trotz Abs. II als eine zivilrechtliche, und dieser Standpunkt wird noch scharf herausgehoben, wenn die Motive im Anschluss an die Haftbarmachung jener Personenkreise in energischer Ablehnung strafrechtlicher Gesichtspunkte sagen: „Vorausgesetzt ist hierbei, dass die fraglichen haftbaren Personen nicht durch Beteiligung bei dem Frevel, durch Auftrag oder nur durch Vorwissen, durch Verwendung der gefrevelten Gegenstände zu eigenem Nutzen etc. als selbst Mitschuldige, sohin als eigentliche Frevler zu behandeln sind".

---

1) Von einer Haftung des Vieheigentümers für Schadensersatz spricht nunmehr art. 88 des Gesetzes; darüber und die Motive zu diesem Artikel s. unten § 21 IV.

2) Der Text lautet im 1. Entw.: „in geeigneten Fällen", im 2. Entw.: „wo ein solcher statt hat".

Schliesslich weisen die Motive zur Begründung des art. 78 noch darauf hin, dass „ähnliche Bestimmungen wegen der Haftbarkeit dritter Personen das badische Gesetz in § 154, das hessische in art. 10 und das sächsische in §§ 15 und 16 vorgegeben haben", und schliessen dann ganz naiv mit dem Satz: „Unstreitig sind dieselben ein sehr wirksames Mittel zur Verhinderung von Forstfreveln." Da muss man sagen: Hier liegt der Hase im Pfeffer. Die vorhergehenden schönen zivilrechtlichen Ausführungen haben nur dekorative Bedeutung.

Vollends verworren wird die Sache durch die Einführung des aus der Initiative des Parlaments hervorgegangene Abs. III in der Novelle von 1896. Der Referent schaut nämlich offenbar mit der kriminalistischen Brille, wenn er sagt: Grundsatz solle sein, dass ein Reat nicht zweimal bestraft werde; es handle sich aber nur um die Zivilverantwortlichkeit für Strafe, die für Ersatz bleibe unberührt. In dieser Beziehung hätte noch ein Antrag dem Ausschusse vorgelegen, welcher die Zivilverantwortlichkeit auch für Personen aufheben wollte, die nicht im Haushalte des Arbeitgebers sich befinden z. B. Taglöhner, Hirten u. dergl. Gegen diesen Antrag aber sei geltend gemacht worden, dass die Auhebung dieser Zivilverantwortlichkeit die Privatwaldbesitzer sehr benachteiligen könnte, und sei derselbe daher abgelehnt worden.

Vom Plenum wurde der erstere Antrag ohne jede Äusserung angenommen, aber trotzdem wurde dadurch die alte zivilistische Anschauung in nichts erschüttert.

In interessantem Gegensatz hierzu tritt die Auffassung des art. 70. Es setzen hier die Motive zum 2. Entwurf ein, um die neue Bemung des art. 61 (70) zu begründen:

„Durch eine etwas veränderte Fassung wurde dafür Sorge getragen, dass die Aufbürdung der Zivilverantwortlichkeit nur in solchen Fällen Platz greifen könne, in welchen sie keine Unbilligkeit enthält[1]). Wenn Kinder, Dienstboten, Arbeiter etc. eine Forstpolizeiübertretung im eigenen Walde ihres Vaters, Dienstherrn oder Arbeitgebers unternehmen, so geschieht dies regelmässig mit Wissen und Willen, im Auftrage des Waldbesitzers. Hier muss deshalb billigerweise der Waldbesitzer allein für die Strafe sowie für den Schaden- und Kostenersatz in der Weise einstehen, dass der Beweis, welcher ihn von dieser Zivilverantwortlichkeit befreien kann, strenger als im Falle des art. 60 zu formulieren ist." Dass aber, wenn dieser Beweis geliefert sei, der Thäter selbst allein hafte, habe seinen Grund darin, dass der Waldbesitzer nicht mehr als der Urheber der strafbaren Handlung betrachtet werden könne und diese nun von fremden Personen im fremden Walde begangen (F.F.) sei.

Also scharfe Betonung der intellektuellen Urheberschaft im Gegensatz zur vorangegangenen Begründung des art. 69. Aber andererseits spricht man von „Zivilverantwortlichkeit".

Im Plenum wurde alles glatt votiert. Der Ausdruck „Zivilverantwortlichkeit" war eben, das nebenbei erwähnt, ein der bayer.

[1]) Das bezieht sich noch auf art. 69.

Gesetzgebung geläufiger, auch in anderen Gesetzen vorkommender, für Haftung dritter Personen.

II. Das pfälzische Recht.

Das Pfälzer Recht führt uns zu dem Ursprung der „Zivilverantwortlichkeit“ und lässt so die Missverständnisse erkennen, welche zu der zivilistischen Anschauung führten.

Der erste Entwurf eines F.St.G. wurde 1831 den Ständen vorgelegt, und hier hiess es in art. 14 [1]) unter der Überschrift: „Haftung für Schaden und Kosten. (art. 13 a) des Frevlers, b) Dritter:)

„Die Ehemänner, Väter, Mütter und Vormünder sowie die Dienstherrschaften und Kommittenten sind zivilrechtlich verantwortlich für die Übertretungen ihrer Ehefrauen, dann ihrer Kinder, Minderjährigen und Mündel, solange diese letzteren bei ihnen sich aufhalten und nicht verheiratet sind, Arbeiter und anderen Untergebenen, vorbehaltlich des Regresses.“

„Diese Verantwortlichkeit richtet sich ganz nach dem letzten § des art. 1384 des Zivilgesetzbuches, und erstreckt sich auf die Restitutionen, Entschädigungen und Kosten, ohne jedoch der Anwendung der körperlichen Haft stattzugeben.“

Daran schliesst sich noch ein Retentionsrecht des Haftbaren gegenüber Dienstboten.

Während sohin die Kategorien der Haftpflichtigen im allg. die gleichen sind wie diesseits, ergibt sich, dass diese ursprüngliche forstgesetzliche Haftung Dritter aus dem code civil, das ist das „Zivilgesetzbuch“, das für die Pfalz galt, herstammt und sich rein auf zivilrechtliche Folgen von Schadenszustiftungen nach gemeinen Zivilrechtsgrundsätzen erstreckt, nicht aber eine Haftung für Strafe statuiert. Somit eine lediglich zivile Haftung!

Es sei hier die bezügliche Stelle des code civil, als für vorwürfige Untersuchung höchst belehrend, eingefügt:

Der code handelt unter Titre IV, „Des engagements, qui se forment sans convention“, (chapitre I des quasicontrats), chap. II des délits et des quasi-délits.

art. 1384. I. On est responsable, non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait [2]), mais encore de celui qui est causé par le fait *des personnes dont on doit répondre,* ou des choses que l'on a sous sa garde.

II. Le père, et la mère après le décès du mari sont responsables du dommage causé par leurs enfans mineurs habitant avec eux.

III. Les maîtres et les *commettans,* du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.

IV. Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

---

1) V. d. K. d. A. 1831 Bd. II Prot. VIII S. 20.
2) art. 1382 u. 1383.

V. La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les pères et mères, instituteurs et artisans [1]), ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité [2]).

Der Zusammenhang der einzelnen Artikel zeigt den Ursprung und die Natur der Haftung so klar, dass hier vorerst nichts beizufügen ist.

Diese strenge Haftung ist also wieder die Quelle des bayer. Rechts, zu dem ich jetzt zurückkehre.

Im Ausschuss [3]) nahm der erwähnte art. 14 Abs. I im allg. die Gestalt an, wie wir sie in dem wieder von letzterem herzuleitenden art. 78 I des diesseitigen Entwurfes v. 1846 kennen lernten, nur fehlt die Klasse der Hirten. An der Spitze steht naturgemäss das „als zivilrechtlich verantwortlich," indem der pfälz. Entw. nur eine Haftung für Entschädigung und Kosten kennt, „vorbehaltlich des Regresses ereignendenfalls".

Abs. II. „Genannte dritte Personen sind von jeder Zivilmitverbindlichkeit frei, wenn sie darthun, dass sie den Frevel nicht verhindern konnten, dabei bleibt es dem richterl. Ermessen überlassen, die Leibeshaft gegen sie auszusprechen oder nicht; doch soll dieselbe nur dann stattfinden können, wenn der Gesamtbetrag der Verurteilungen an Geldstrafen, Entschädigungen und Kosten 1 fl. übersteigt."

Abs. III.: „Überdies werden die genannten verantwortlichen Individuen wegen Nachlässigkeit in der Aufsicht über ihre Untergebenen bis zu 15 Tagen Gefängnis oder bis zu 25 fl. in Geld bestraft, sie könnten denn darthun oder wahrscheinlich machen, dass der Frevel ihnen in jeder Hinsicht fremd geblieben ist."

Eigene Strafe also neben der Haftung! Den Grund dieser letzteren aber geben deutlich die Worte des Referenten an, der es für geeigneter erklärt, „statt der Hinweisung auf eine Stelle des Zivilkodex" diese selbst einzusetzen, und dann ausführte: Nach allgemeiner, vieljähriger Erfahrung seien durchgängig die durch solche untergebene Personen geschehenen Übertretungen auf Befehl, Geheiss, mit Wissen und Willen derer begangen worden, unter denen sie stehen, diese Oberen zögen gewöhnlich die Früchte solcher Frevel, sie seien die eigentlichen Urheber und ihre Untergebenen nur die Instrumente solcher Frevel.

„Um hier nun etwas kräftiger einschreiten zu können, scheint es zweckmässig, das enge Verhältnis zwischen jenen Personen als Grund zur Vermutung der Mitschuld anzunehmen und es dem richterlichen Ermessen zu überlassen, nach Befund der Umstände die zivilrechtliche Verantwortlichkeit mit oder ohne Leibeshaft [4]) auszusprechen. Wollte man, wie der Entwurf thut, hier unbedingt die Leibeshaft nicht zulassen, so würde die blosse Geldstrafe an manch insol-

---

1) Die sub IV Genannten fehlen.

2) Des vollständigen Bildes halber müssen noch citiert werden: art. 1385: Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé. art. 1386: Le *propriétaire* d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou *par le vice de sa construction.*

3) Bericht des Referenten B.B. IX 86 ff.

4) Dies ist nicht eine Freiheitsstrafe, sondern eine Exekutionsmassregel!

vablem Familienhaupte, das durch seine Familie und Untergebenen freveln lässt, spurlos vorübergehen[1]).

Ein anderer Gesichtspunkt wie im diesseitigen Recht, aber doch insofern gleich, als auch hier das enge Verhältnis zwischen den beiden Personen es ist, welches diesen Verdacht der Mitschuld, der Beteiligung, Anstiftung nahelegt.

Endlich tritt der Referent selbst auf den Plan in Bekämpfung des „vom Ausschuss beliebten Endsatzes des Artikels“[2]): „Dieser art. 14 erweitert ohnehin schon die Grenzen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit, wie sie im Zivilkodex gegeben sind. Diese Erweiterung schien hier unumgänglich notwendig; allein in dieser Verantwortlichkeit und ihren Folgen liegt schon die Strafe für die Nachlässigkeit bei der Aufsicht über die Kinder und Untergebenen, und damit diese Strafe ihre Wirksamkeit desto sicherer erreiche, will der rev. Entw., dass der Richter auch die Leibeshaft gegen die aussprechen könne, welche wegen zivilrechtlicher Verantwortlichkeit Entschädigung und Kosten zu zahlen haben.“

Diese Worte sind sehr charakteristisch. Es dringt bereits der pönale Gesichtspunkt herein, ohne indessen das Wesen der Zivilhaftung zu tangieren. Dem kriminellen Bedürfnis soll vielmehr neben der Haftung folgende Formulierung dienen: „Genannte dritte Personen können übrigens auch als Mitschuldige der ihrer Aufsicht untergebenen vor das Gericht gezogen werden, wenn sich aus den Verhältnissen und Umständen die Mitschuld ergibt.“

Abs. III des Ausschussvorschlages wurde aber doch Gesetz.

Zusammen mit dem Entw. des diesrhein. Forstgesetzes wurde im Jahre 1846 ein Entwurf zur Revision des pfälz. F.St.G. den Ständen vorgelegt[3]).

Es wird im art. 8 eine Fassung des art. 14 a. a. O. vorgeschlagen, die bis auf die Weglassung der Z. 6 und die Beibehaltung der bisherigen Fassung der Regressklausel gleichlautend ist mit der des diess. art. 78, sonach die Ausdehnung der Haftung auf die Geldstrafe enthält. Diese Übereinstimmung lässt die Begründung beider Entwürfe wechselseitig als wertvoll erscheinen. An Stelle des bisherigen Abs. III tritt ein neuer: Gegen die verurteilten zivilverantwortlichen Personen ist wegen der Geldstrafe, des Wertes- und Schadensersatzes und der Kosten die Leibeshaft unbedingt und ohne Rücksicht auf einen bestimmten Betrag der ausgesprochenen Verurteilung anwendbar.

Die Motive der Staatsregierung hierzu[4]) sind für die ganze bayer. Auffassung aufs höchste belehrend: Sie lassen nämlich erkennen, wie die ursprünglich rein zivilrechtliche Haftung durch Einführung der Strafhaftung sozusagen zu einem siamesischen Zwillingspaar wird, das aber von seinem Vater, dem Gesetzgeber, trotzdem als einheitliches

1) Das Retentionsrecht sei zu streichen, weil es zivilrechtlicher Natur und nach obiger Begründung unpassend sei.

2) S. 289 a. a. O.

3) V. d. K. d. A. 1845/46 B.B. I 279 ff.

4) V. d. K. d. A. 45/46 B.B. I 310—314.

Wesen angesehen und wegen seines zivilrechtlichen Teiles als ganz zivilrechtlichen Geblütes betrachtet wird; wie auch ferner gerade diese Stelle für die rechtliche Konstruktion selbst behilflich sein wird:

„Die Bestimmungen der beiden ersten Absätze über die Zivilverantwortlichkeit sind teils mangelhaft, teils beruhen sie auf unzureichenden Grundsätzen." Hauptgebrechen seien 1. dass die Zivilverantwortlichkeit nur für Entschädigung und Kosten, nicht aber auch für die gegen die Frevler erkannten Geldstrafen stattfindet; 2. das richterliche Ermessen hinsichtlich der Leibeshaft gegen zivilverantwortliche Personen; 3. die Beschränkung der letzteren auf Beträge über 1 fl.

Begründung ad 1:

„Wenn es schon wahr ist, dass die Geldstrafe ebenso wie die Gefängnisstrafe rein persönlich ist und nur denjenigen trifft, der durch eine Übertretung des Gesetzes sie verwirkt hat, und wenn es auch ferner wahr ist, dass nach dem allg. bürgerl. Gesetzbuche der Pfalz (art. 1384) die Zivilverantwortlichkeit dritter Personen nur für den Ersatz des Schadens stattfindet, so ist es auf der anderen Seite doch unzweifelhaft, dass die Frage wegen Zivilverantwortlichkeit eigentlich nur einen Gegenstand des Zivilrechts betrifft, und von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, kann es wohl keinem Anstand unterliegen, dass der Gesetzgeber, wenn er zur Aufrechterhaltung der Forstpolizei die Ausdehnung der Zivilverantwortlichkeit auch auf die Geldstrafe für notwendig erachtet, dieses aussprechen kann, ohne gegen allgemeine Rechtsgrundsätze zu verstossen. Denn es liegt kein triftiger Grund vor, warum eine dritte Person mit Rücksicht auf das besondere Verhältnis, in dem der Frevler zu ihr steht, nicht ebensowohl für die Geldstrafe, zu welcher derselbe verurteilt wurde, als für die gegen ihn ausgesprochenen Entschädigungen und Kosten vom Gesetze solle zivilrechtlich haftbar erklärt werden können."

„Findet ja eine Ausdehnung der Zivilverantwortlichkeit auf die Geldstrafe in anderen Spezialgesetzen, z. B. über das Zollwesen, auch statt, warum sollte sie nicht ebensogut in Forststrafsachen Platz greifen, sobald ihre Notwendigkeit dargethan ist, die offenbar vorliegt, da hierdurch allein α) den Strafurteilen eine vollständige und wirksame Vollziehung, besonders mit Rücksicht darauf, dass auch bei den zivilverantwortlichen Personen die Leibeshaft anwendbar ist, gesichert wird, und da β) diese zivilverantwortlichen Personen sich so nur desto mehr dazu aufgefordert fühlen werden, die Aufsicht über ihre Untergebenen mit der gehörigen Strenge auszuüben. Eine Abänderung des Gesetzes in dieser Beziehung dürfte daher sehr zweckmässig und notwendig sein."

Auf diesen Zweckgedanken beruht also das Institut, dessen polizeilicher formeller Charakter hier unverhüllt ans Licht tritt. Die Haftung gründet sich nicht auf eine Rechtspflichtverletzung, sondern lediglich auf das zivilrechtliche Verhältnis, wenn auch der Gedanke der Aufsichtsführung und der Beteiligung als regelmässig coincidierend im Hintergrund liegt. Der Gesetzgeber hat aber doch das Bedürfnis einer weiteren Deckung, weshalb er fortfährt:

„Auch das grossherzoglich hessische Forststrafgesetz hat die Zivilverantwortlichkeit für alle Geldstrafen aufgenommen; ferner die französischen Gesetze über Zollwesen und vereinigte Gebühren, und das neueste französische Forststrafgesetz hinsichtlich der Steigerung der Holzschläge, sowie sie endlich in dem den Ständen des Reiches bereits vorliegenden Entwurfe eines Forstpolizeigesetzes[1]) eingeführt worden ist“[2]).

„Was endlich den letzten Absatz des art. 14 anlangt, wonach zivilverantwortliche Personen überdies noch wegen Nachlässigkeit der Aufsicht über ihre Untergebenen in eine besondere Strafe verurteilt werden sollen, wenn sie nicht . . . ., so dürfte von dieser Bestimmung im Hinblick auf die Ausdehnung der Zivilverantwortlichkeit und die Motivierung dieser strengeren Massregel sowie auf die unbedingte Anwendung der Leibeshaft künftighin Umgang genommen werden.“

So wird die strafrechtliche Bestimmung eliminiert.

Schliesslich beantragt Referent die Ersetzung des Ausdrucks „beweisen“ in Abs. III durch „darthun“, der einerseits einen weniger scharfen Beweis verlange, andererseits in Abänderung der streng einseitigen Beweislast dem Richter „den im vorliegenden Falle sehr zu billigenden Spielraum lässt, auch seine eigene Kenntnis der Verhältnisse obwalten zu lassen“. Die gänzliche Entbindung von der Zivilverantwortlichkeit werde übrigens ohnehin nur sehr selten vom Richter ausgesprochen! Ausschuss und Plenum[3]) stimmten sämtlichen Vorschlägen zu und so wurde das Gesetz[4]), das später noch Modifikationen[5]) und Angleichungen an das diesseitige Recht 1879, 1896[6]) und vollends 1899 erhielt.

B. Das Feldstraf- und polizeirecht und allgemeine polizeiliche Haftungen.

I. Das Polizeistrafgesetzbuch v. 10. XI. 1861.

Die bayer. Polizeistrafgesetzgebung hat gleichzeitig und im engsten Zusammenhang mit der Strafgesetzgebung gearbeitet, als deren Ergänzung sie gedacht ist. Sie erstreckt ihre Wirkung über ganz Bayern.

Unter Übergehung der früheren Entwürfe eines P.St.G.B. von 1822, 1827, 1831, da es für uns zu weit führen würde, die Wurzeln des geltenden Rechts so tief hinunter zu verfolgen, kommt zuerst zu betrachten der Entw. eines P.St.G.B., welcher am 16. VIII. 1851 kurz nach Vorlegung des Entwurfes eines Gesetzes über Verbrechen und

---

1) Nicht verabschiedet.

2) ad 2 wird in Bekämpfung strafrechtlicher Gesichtspunkte ausgeführt, dass die Vollziehung der Leibeshaft, welche keine Strafe ist, dem Parteibetriebe überlassen werden muss!

3) V. d. K. d. A. 45/46 VII 421, 445.

4) art. 18 d. Ges. v. 23. V. 46. Ges.Bl. S. 186.

5) z. B. Abschaffung der Leibeshaft.

6) art. 13 II: Diese dritten Personen sind von der Haftung für die Geldstrafe frei, wenn sie aus Anlass des betreffenden Frevels selbst auf Grund des § 361 Z. 9 R.St.G.B. bestraft werden, und von jeder Zivilverantwortlichkeit dann, wenn sie darthun, dass sie den Frevel nicht verhindern konnten. V. d. K. d. A. 1896 VIII 863.

Vergehen vor den Gesetzgebungsausschuss der Kammer der Abgeordneten gebracht wurde. Hier war im **allgemeinen** Teil gleich hinter den Bestimmungen über Versuch und Teilnahme ein art. 17 vorgeschlagen mit der Überschrift: Haftung dritter Personen, nach welchem dieselben Kategorien der Haftpflichtigen wie im vorgedachten pfälz. F.St.G. (an das sich der Entw. offenbar anschliesst) „als verantwortlich für Schadensersatz, Kosten und Geldstrafen [1]) vorbehaltlich etwaigen Rückgriffes erklärt werden können," nämlich für die kriminellen Übertretungen und Polizeikontraventionen des Gesetzes ganz generell.

Indessen ergibt sich eine wichtige Abweichung von den bisher betrachteten Haftungen aus Abs. II: Alle diese Personen trifft jedoch eine Verantwortlichkeit nur dann, wenn die Übertretung entweder durch die von ihnen gegebenen Anordnungen veranlasst oder herbeigeführt ist, oder wenn denselben eine Nachlässigkeit in der Aufsicht zur Last fällt. Abs. III. Auch ist bei der Fällung des Erkenntnisses unter Berücksichtigung aller Umstände zu bemessen, ob die Verantwortlichkeit nur für Schadensersatz und Kosten oder zugleich für die Geldstrafen auszusprechen sei. Abs. IV. Die Bestimmungen dieses Artikels kommen jedoch nur da in Anwendung, wo bezügl. der Verantwortlichkeit dritter Personen nicht besondere gesetzl. Vorschriften z. B. in den Forstgesetzen bestehen [2]).

Hier haben wir ein ganz anderes Bild der Verantwortlichkeit (nicht Zivilverantwortlichkeit) für die Strafe aus Polizeidelikten: Fakultativ auf Scheidung von Geldstrafe und Schadensersatz sich stützend, primär auf einem richtigen, nachzuweisenden Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Haftbaren und dem durch den Thäter bewirkten deliktischen Erfolg beruhend, und erst sekundär und als Substrat des ersteren auf das persönliche Verhältnis der beiden aufgebaut, würden für die Haftung für Strafe alle Grundlagen gegeben sein, deren kriminelle Natur im Gegensatz zur Haftung für Ersatz anzunehmen, wenn nicht hier, wie überall das entscheidende Moment unbeachtet bliebe.

Es stehen auch die Motive [3]), wie schon aus der Fassung des Abs. IV diese Anschauung hervortritt, noch immer teilweise unter der Herrschaft der alten Idee.

Zunächst allerdings begegnen wir zutreffenden Vorstellungen: „Die polizeilichen Geldstrafen, welche gegen Ehefrauen und andere unter fremder Gewalt oder Aufsicht in irgend einer Beziehung stehende Personen erkannt werden, würden häufig das von dem Gesetze beabsichtigte Ziel eines vollständigen und wirksamen Vollzuges entbehren, wenn nicht nach Umständen diejenigen, welche gemäss ihres Familien- oder geschäftlichen Verhältnisses zu dem Übertreter die Handlungen des letzteren im allg. oder in seinen Dienstgeschäften oder Arbeiten zu überwachen haben, in Mitleidenschaft gezogen und für Geldstrafen

---

[1]) Es wird beachtlich sein, dass hier wie im pfälz. Ges. die Haftung für Strafe hinter die für Schadensersatz gesetzt ist, weil man von dieser auf jene ausdehnte, während im diess. Forstges. in der Voranstellung der Strafhaftung dieser Ursprung schon vergessen erscheint.

[2]) V. d. K. d. A. 1851/52, B.B. II S. 204, 205.

[3]) a. a. O. S. 231, 232.

etc. verantwortlich erklärt werden können, insofern sie, ohne gerade als Miturheber, Gehilfen oder Begünstiger der Übertretung zu erscheinen, durch positive Handlungen oder durch Vernachlässigung der erforderlichen Beaufsichtigung ihrer Angehörigen oder Untergebenen Übertretungen derselben veranlassen oder erleichtern."

Nun verwirren sich aber die Gedanken wieder etwas: „Dass die Aufnahme einer diese Verantwortlichkeit festsetzenden und begrenzenden Bestimmung in das allgemeine Polizeistrafgesetzbuch sich ebenso vom Standpunkte der Gesetzgebungspolitik empfehle, als mit Rücksicht auf die von Seiten des Dritten vorausgesetzte Fahrlässigkeit auch ihre rechtliche Begründung finde, wird hiernach einem Zweifel nicht unterliegen und um so weniger einer Erörterung bedürfen, als die in Frage stehende Zivilverantwortlichkeit Dritter in Spezialgesetzen des In- und Auslandes bereits zur Geltung gelangt ist und sich als zweckmässig bewährt hat." Nun werden die Forstgesetze und das Zollstrafgesetz v. 1837 angezogen. „Hierbei war übrigens darauf Bedacht zu nehmen, die Grenzen der Zivilverantwortlichkeit[1]) zum Nachteile der Strafvollziehung nicht zu eng zu stecken, wie in den Entwürfen v. 1827 und 1831 art. 51 geschah, andererseits aber jeder unbilligen Härte vorzubeugen, zu welchem Behufe der Entw. die Kategorien der für Geldstrafen etc. verantwortlichen Personen nach dem Vorgang der vorerwähnten Forststrafgesetze erweitert, die Entscheidung der Frage aber, ob der Dritte nach Massgabe des art. 17 II für verantwortlich zu erklären sei, der Beurteilung des konkreten Falles anheimgibt und hierbei, damit allen Umständen Rechnung getragen sei, gestattet, die Verantwortlichkeit nur für Schadensersatz und Kosten auszusprechen, oder auch auf die Geldstrafe zu erstrecken. Dagegen ist, wie die Fassung des Abs. III nicht verkennen lässt, mit der Verantwortlichkeit für die Geldstrafe auch die für Schadensersatz und Kosten begründet und daher im Urteile auszusprechen. Endlich erschien es nicht überflüssig, das Verhältnis der allg. Vorschrift des art. 17 zu speziellen, die Verantwortlichkeit dritter Personen statuierenden Bestimmungen und zwar die subsidiäre Anwendbarkeit ersterer festzustellen. Dagegen ist die Zivilverantwortlichkeit dadurch keineswegs ausgeschlossen, dass der für einen andern Verantwortliche neben diesem in Strafe verurteilt wurde"[2]).

Der Entw. v. 1851 kam nicht zur Verabschiedung, lag aber dem Ende 1855 in Verbindung mit dem Entwurf eines Strafgesetzbuches vorgelegten zweiten Entwurfe zu Grunde. Der Referent Professor Edel[3]) beantragte, statt art. 19 und 20 über Teilnahme und Begünstigung die Einsetzung eines art. 16. Hier erscheint nun nach einem Abs. III, wonach für eine unzurechnungsfähige Person oder einem Untergebenen, der dem Befehl eines Dienstvorgesetzten innerhalb seiner dienstlichen Verpflichtung Folge geleistet hat, der Anstifter bezw. Befehlende für

1) Diese wird jetzt eingeschmuggelt!

2) Vergl. hierzu die gegensätzlichen Motive zu art. 69 F.G.

3) s. dessen höchst bedeutenden Vortrag, erstattet im Ges.Geb. Ausschuss am 15. V. 57 über den allg. Teil d. P.St.G.B. V. d. G G.A. d. K. d. A. 1856 57 III 1 ff.

allein verantwortlich erklärt wird, ein Abs. IV, welcher sich in art. 122 I des neuesten Gesetzes erhalten hat. Er lautet:

„Werden polizeiliche Vorschriften, für deren Beobachtung im Sinne dieses Gesetzes das Familienhaupt, der Hausherr oder Hausbesitzer, der Dienstherr, Lehrherr, Gewerbsinhaber oder Unternehmer zu sorgen hat, auf dessen Anordnung oder Befehl durch Hauskinder, Mündel oder Pfleglinge, Dienstboten, Lehrlinge, Lohnarbeiter oder sonstige Hilfsarbeiter verletzt, so haftet nur derjenige, auf dessen Anordnung oder Befehl die Polizeiübertretung verübt worden ist, sofern nicht der Thäter besonderer polizeilicher Abmahnung oder Aufforderung zuwidergehandelt hat."

Die intellektuelle Urheberschaft mit ihrer Wirkung nach allgemeinen Strafrechtsgrundsätzen ist hier klärlich das Entscheidende, nur dass im Falle des Abs. IV für den physischen Thäter dem Einfluss des metus reverentialis die Bedeutung eines Strafausschliessungsgrundes beigemessen ist.

Die Begründung Edels zu diesem und dem folgenden Artikel hebt die Fundamente der Haftung so schön heraus, dass eine wörtliche Wiedergabe derselben angezeigt erscheint:

„Bei einer nicht geringen Anzahl polizeilicher Vorschriften liegt es im Sinne des Gesetzes, dass für die Beobachtung der Vorschrift das Familienhaupt, der Hausherr oder Hausbesitzer, der Dienstherr zu sorgen und zu wachen hat. Lässt derselbe eine Zuwiderhandlung gegen eine derartige Vorschrift durch Personen ausführen, in Bezug auf welche er eine erlaubte Privatgewalt auszuüben hat, und welche in der Regel verpflichtet sind, dessen Anordnungen zu gehorchen, so ist es zwar recht und billig, dass der anordnende Teil für die Übertretung verantwortlich gemacht werde, allein es würde eine übertriebene und nicht zu rechtfertigende Härte sein, wollte man auch hier den Thäter bestrafen. In den meisten Fällen der Art wird der Thäter infolge der erhaltenen Anordnung gar nicht in der Lage sein, den Vollzug der Anordnung verweigern zu können. In vielen Fällen würde man geradezu dem Geiste des Gesetzes zuwiderhandeln, z. B. bei den meisten gewerbspolizeilichen Vorschriften[1])."

Während es sich hier um aktives Handeln, um prinzipale Thäterschaft dreht, behandelt der von Edel an Stelle des dem früheren Entwurfe entsprechenden art. 21 mit wesentlich abweichendem Inhalte vorgeschlagene art. 17 das passive Verhalten des Haftbaren, die Haftung i. e. S.

„Soweit nicht besondere Gesetze über die Verantwortlichkeit dritter Personen anderes bestimmen, können als verantwortlich vorbehaltlich des Rückgriffes erklärt werden" die fünf Kategorien des Entwurfes, in dessen letzter alle sonstigen Untergebenen inbegriffen sind.

Das Entscheidende bringt Abs. II: Die Haftung dieser Personen tritt nur dann ein, wenn die Übertretung mit ihrem Vorwissen oder in ihrem Interesse ausgeführt ist.

Abs. III entspricht dem alten art. 17 III. Im Vorstehenden aber

[1]) Das grossherzogl. hess. P.St.G.B. enthalte eine ähnliche Vorschrift in art. 41.

sind zwei neue Gesichtspunkte von massgebender Bedeutung aufgestellt, wie wir sie auch im preuss. Recht begegnen werden.

„Hinsichtlich der Zivilverantwortlichkeit (!) dritter Personen, sagt Edel, ist der Referent im allg. dem Systeme des Entw. gefolgt, hat jedoch die Gründe, welche die Zivilverantwortlichkeit rechtfertigen sollen, etwas anders aufgefasst.“ Die beiden Alternativen des art. 17 II Entw. v. 1851 anlangend werde „in dem ersten Falle regelmässig der veranlassende Teil als Anstifter selbständig strafbar sein, es besteht daher kein Bedürfnis, denselben als verantwortlich für die fremden Übertretungen zu erklären. Die Vorbedingungen des 2. Falles sind in der Regel leicht zu konstatieren“. Unter dem Hinweis auf die dem Vorschlag entsprechende Bestimmung des braunschweigischen P.St.G.B. § 36 wird erklärt:

„In allen diesen Fällen ist ein stillschweigendes (vorheriges) Einverständnis mit dem Thäter oder eine Ratihabition der von demselben vollzogenen Übertretung im höchsten Grade wahrscheinlich und damit ein innerer Grund für die auszusprechende Verantwortlichkeit gegeben.“

Dem ist vollkommen beizupflichten. Aber trotzdem ist die Sache noch nicht klar. Auf jeden Fall inkliniert Edel zum Strafrecht hinüber, wie sich aus seiner Begründung der Haftung auf eine Art Beteiligung ergibt. Und dennoch wieder der terminus Zivilverantwortlichkeit!

In dem 3., mit einem neuen Strafgesetz am 4. VI. 1860 vorgelegten Entwurf des P.St.G.B. schloss sich die Regierung den Anträgen des Referenten bis auf den Vorschlag an, „die Haftung auch dann, wenn die Polizeiübertretung im Interesse des Dritten ausgeführt ist, eintreten zu lassen“ wegen der in concreto zu grossen Härte dieser objektiven Bestimmung. „Die Zivilverantwortlichkeit dritter Personen wurde deshalb auf die beiden Fälle beschränkt, dass die Polizeiübertretung mit Vorwissen oder infolge unterlassener Aufsicht von ihrer Seite verübt wurde[1])“.

Nunmehr tritt eine bezeichnende Wendung der Sache ein.

In seinem 2. Ausschussvortrage[2]) erklärte sich nämlich Edel „nach reiflicher Überlegung“ für gänzliche Streichung des art. 18 (17) und rechtfertigte das mit schlagenden Gründen, welche das Wesen des Instituts zuerst in das richtige Licht stellen, freilich aber am Ziele auslassen, indem sie ihn zur Verwerfung des Ganzen führen.

Edel geht als Erster von der Unterscheidung der von der Zivilverantwortlichkeit umfassten Rechtsfolgen aus:

„Was die Haftung für den Schaden betrifft, den ein Dritter durch eine unerlaubte That verursacht hat, so geben hierfür die Zivilgesetze Mass, in der Pfalz art. 1384 c. c. Die Frage, inwieweit jemand für die Kosten, worunter hier nur die Kosten des Strafverfahrens verstanden sein können, in Bezug auf die von einem Dritten verübte strafbare Handlung haftbar gemacht werden kann, ist in den

1) Diese Gegenüberstellung ist typisch!
2) V. d. K. d. A. 1859/60. B.B. II 146 u. 147.

Strafprozessgesetzen entschieden. Dagegen widerspricht die Haftung für die von einem Dritten verwirkten **Strafen** den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Selbst in Bezug auf Mitschuldige gilt der Grundsatz, dass jeder nur die von ihm selbst verwirkte Strafe zu tragen hat, wenn auch bezügl. der Zivilansprüche aus dem Delikte (Schadensersatz und Kosten) eine solidarische Verantwortlichkeit ausgesprochen zu werden pflegt. Die Verpflichtung für fremde Strafen, auch nur für die von einem Dritten verwirkten Geldstrafen, zu haften, ist daher eine Abnormität, die nie allgemein ausgesprochen, sondern nur unter ganz speziellen Voraussetzungen gerechtfertigt werden könnte."

In einer Analyse der in den verschiedenen Ländern bestehenden Gesetze über die Haftung Dritter markiert Edel die Beschränkung des französ. Rechts auf den zivilen Ersatz, während die Haftung für Geldstrafe nur in einzelnen Spezialgesetzen ausgesprochen sei, und auch hier, z. B. im hessischen P.St.G.B., nur für die auf Befehl begangenen Übertretungen, „sohin im Falle der Anstiftung". Nur das braunschweigische P.St.G.B. habe eine generalisierte Anordnung für alle Polizeiübertretungen erlassen, und diesem sei der Entw. gefolgt.

Die vorgeschlagene singuläre Verfügung, welche keineswegs in Übereinstimmung mit der bestehenden Gesetzgebung stehe, sei hinsichtlich der blossen Zivilfolgen fremder Übertretungen unnötig, hinsichtlich einer generellen Strafhaftung aber inkonsequent und ungerecht, wenn solche nur für fremde Polizeiübertretungen ausgesprochen werde, nicht aber für Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Hielte man eine derartige Bestimmung für nötig, so müsste sie im allg. Teil des Strafgesetzbuches aufgestellt werden. Aber strafrechtlich liesse sich die Haftung auch nicht konstruieren.

„Das blosse Vorwissen vom rechtswidrigen Verhalten eines Dritten kann für sich allein keine Haftung für die von letzterem verwirkte Strafe begründen und ebensowenig die Vernachlässigung der Aufsicht auf untergebene Personen, wodurch möglicherweise deren strafbare Handlung hätte verhindert werden können."

Die Haftung auf ein eigenes Delikt des Haftbaren abgesehen von der Beteiligung zu stellen, daran denkt also Edel nicht. Die allg. Annahme jener Grundsätze bei Polizeiübertretungen aber führe zu einem Widerspruch mit den Grundsätzen des Strafgesetzbuches, insbes. des art. 63 des damaligen Entwurfes[1]).

Aber auch beim Eingehen auf die einzelnen Übertretungen gebe es nur sehr wenige, bei denen ein innerer Grund für die Haftbarmachung besteht. Das letztere „ist namentlich dann der Fall, wenn man fast mit moralischer Gewissheit annehmen kann, dass der Frevel von der zunächst dabei thätigen Person nicht aus eigenem Antriebe, sondern auf Geheiss und im Interesse des als haftbar Erklärten verübt wurde, insbes. bei Feld- und Forstfreveln, deren Objekte in das Haus des Familienhauptes gebracht und dortselbst verwendet zu werden

---

[1]) Unterlassene Verhinderung bestimmter schwererer Delikte, genau konform dem § 139 R.St.G.B.

pflegen, wenn auch die Frau, Kinder, Dienstboten und sonstige Hausgenossen den Frevel zunächst verübt haben. Auch in anderen Spezialfällen, wo der Handelnde nur als Stellvertreter eines Dritten angesehen werden muss, mag es als gerechtfertigt erscheinen“ [1]).

Somit sei nur in Spezialgesetzen oder bei den einzelnen Artikeln, soweit es nötig, unter speziellen Voraussetzungen das Geeignete zu verfügen. Der wichtigste Fall sei bereits durch das Forststrafgesetz getroffen, ähnliches könne in Bezug auf Feldfrevel bestimmt werden.

Das schliessliche Gesetz entspricht den Vorschlägen Edels. Der Votierung ging aber in der Ausschusssitzung v. 28. VII. 1860 [2]) eine lebhafte Debatte voraus, welche die verschiedenen Ansichten lehrreich veranschaulicht. Der Minister des Innern wandte sich nämlich gegen die Streichung der Bestimmung, die gerade Edels Anregung „namentlich auch auf Grund der Autorität des braunschweigischen Gesetzbuches“ ihre Entstehung verdanke. Dieser Artikel sei nunmehr noch weiter in liberalem Sinne geändert worden, indem man aus der unterlassenen Aufsicht eine Art culpa abgeleitet und den Fall der Ausübung bloss im Interesse des Dritten ausgeschlossen habe. Es sei allerdings eine Zweckmässigkeitsfrage, ob man die Haftung im allg. oder speziellen Teil ausspreche, aber unrichtig sei, sie auf Forst- und Feldfrevel zu beschränken. Denn auch bei anderen Polizeikontraventionen empfehle sich die Anwendung des Prinzips, z. B. wenn ein Ehemann ein Konkubinat seiner Frau mit Dritten dulde, oder ein Dienstherr einen Lebenswandel seiner Dienstmädchen, der sehr nahe an ein Winkelbordell streife. Diese Auslassung ist ungemein beweiskräftig für die polizeiliche Grundtendenz der Haftung.

In anderen Fällen, schliesst der Minister, besonders bei Bettelkindern, sofern Eltern den Bettel ihrer Kinder gestatten oder sie gewissermassen hierzu verleiten, sei schon im speziellen Teil durch selbständige Strafdrohung diesen dritten Personen gegenüber Vorsorge getroffen und demnach das hier in Frage stehende Prinzip praktisch zur Geltung gebracht.

Der Referent des Strafgesetzentwurfs Dr. Weis, erklärte sich für die Streichung, aber lediglich, weil eine derartige Bestimmung entgegen seinem Vorschlag, nicht in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches eingestellt worden sei. Um die Straf- und Polizeirechtspflege wirksam zu machen, müsse man notwendig auch die Angehörigen des eigentlichen Thäters für verantwortlich, nicht bloss für Schadensersatz, sondern auch für Strafe erklären. Da nun aber die Fälle, wo die Zivilverantwortlichkeit (!) vorzugsweise am Platze sei, z. B. beim Feldfrevel, im Strafgesetzbuch ständen, sei es besser, den Gegenstand im speziellen Teil zu behandeln, wo man auch durch direkte Strafdrohung gegen den Dritten Vorsorge treffen könne. Speziell bezüglich der Polizeiübertretung müsse prinzipiell richtig weiter gegangen, als art. 18 vorschlage, und der Dienstherr als der primär Schuldige behandelt werden, weil er durch Nichtbeaufsichtigung seiner Leute in culpa sei [3]),

1) Vertretungsprinzip! — code civil.

2) a. a. O. B.B. III (Protokollband) S. 21 u. 22.

3) Das hängt mit der damaligen Auffassung des Polizeiunrechts als wesentlich culposes Unrecht zusammen.

Der Ministerialkommissär fixiert das letztere Moment noch schärfer. Der Grund, warum die Haftung dritter Personen nur im allg. Teil des P.St.G.B. und nicht auch des St.G.B. statuiert wurde, sei der, dass die hier bezeichneten Personen aus dem Gesichtspunkt der culpa hafteten und nur bei Polizeiübertretungen culpa und dolus gleich behandelt würden, bei den Reaten des allg. Strafgesetzbuches dagegen in der Regel dolus gefordert werde.

Welcher Unterschied zur Begründung der forstgesetzlichen Zivilverantwortlichkeit bei Gleichheit der legislativen Motive!

Vollends deutlich spricht die strafrechtliche Anschauung aus den Worten des Abg. v. Lerchenfeld, welcher den art. 18 nicht für entbehrlich hält, weil gerade nur dadurch bei einer Reihe von Übertretungen die Wirksamkeit der Polizeistrafgewalt möglich sei und ferner dem Dritten kein Unrecht geschehe, denn seine Verantwortlichkeit sei nur die Folge seiner schuldbaren Nichtthätigkeit. Referent entgegnete nur, der Hauptfall sei schon durch art. 17 V getroffen.

Unter den in den besonderen Teil eingestellten Spezialhaftungen ist nur eine hier besonders bemerkenswert, weil sie, auf dem polizeilichen Grundmotiv beruhend, unseren Haftungen verwandt ist, andererseits aber im Ausschuss eine Diskussion entfesselte, welche das Gegenspiel der Meinungen über die Haftung überhaupt veranschaulicht.

Es ist dies art. 145 d. Entw., welcher die actio de eff. vel dei. und de depos. vel susp., in einen polizeirechtlichen Thatbestand umgewandelt, wiedergibt. An das Delikt des wirklichen Thäters in Abs. I[1]) schliesst sich in Abs. II die Haftung Dritter an: Kann der Thäter nicht ermittelt werden, so haftet der Inhaber des Gebäudeteiles, woselbst die Übertretung verübt worden ist, für die Strafe.

Im Ausschuss wurde der Zusatz beantragt: „falls er die Gefahr beseitigen konnte“, mit der Begründung, die Bestimmung des Abs. II beruhe überhaupt nur auf der Präsumtion, dass der Inhaber in der Lage gewesen sei, die Gefahr beseitigen zu können; wo durch den Nachweis, dass er die Gefahr nicht beseitigen konnte, diese Präsumtion wegfalle, da falle auch jeder Grund weg, den Inhaber des Gebäudeteiles zu strafen.

Gegenüber dieser Fixierung einer angeblichen selbständigen Verschuldung vertritt der Minister die nackte Prävention. Nicht in jener Präsumtion habe die Bestimmung des Abs. 2 ihren Grund, sondern in dem Gedanken, dass ohne sie auch die Strafbestimmung des Abs. I illusorisch werden würde (!). Bis auf Antrag des Staatsanwalts der Polizeirichter veranlasst sei, die Sache zu untersuchen, sei der Thatbestand in der Regel nicht mehr zu eruieren; man müsse daher, da

[1]) An Geld . . . wird gestraft, wer mit Gefahr für Personen oder fremdes Eigentum Gegenstände auf Strassen, öffentliche Plätze, in Höfe oder andere geschlossene Räume, auf fremde Grundstücke oder unter Menschen wirft oder von Gebäuden herabfallen lässt, wer Sachen auf eine Weise ausgiesst, dass dadurch die Vorübergehenden beschädigt oder verunreinigt werden können, und wer Gegenstände, durch deren Umsturz oder Fall Personen auf öffentlicher Strasse oder an anderen von Menschen besuchten Orten beschädigt werden können, ohne gehörige Befestigung aufstellt oder aufhängt.

es doch im Interesse der öffentlichen Sicherheit liege, solche Handlungen durch Strafbestimmungen zu verhüten, eventuell den Inhaber des Gebäudeteiles für strafbar erklären, damit dieser seine Angehörigen zu grösserer Vorsicht anhalte. Die Polizeistrafe habe hier nicht den Charakter der Ausgleichung des verletzten Rechts, sondern solle nur ein Mittel sein, um gewisse Vorkommnisse, welche bedrohlich werden könnten, abzuwenden.

Der Beanstandung der positiven Fassung des Zusatzes, der als Ausnahme von der auf Präsumtion gegründeten Regel des Abs. II negativ gefasst werden müsse, trat Referent bei durch Vorschlag der Fassung: soferne er nicht nachweist, dass er die Übertretung nicht zu verhindern vermochte, mit folgender Begründung: Vom allgemeinen strafpolizeilichen Standpunkte aus sei nur Abs. I gerechtfertigt, Abs. II enthalte schon eine Ausnahme von der Regel, dass jeder nur für seine eigene Handlung zu haften habe; Utilitätsgründe liessen diese Ausnahme, welche auf Präsumtion beruhe, als notwendig erscheinen; dagegen müsse gegen die Präsumtion dem Inhaber der Gegenbeweis offen gelassen werden, dass von seiner Seite kein Verschulden obwalte.

Demgegenüber holt aber Dr. Weis die Zivilverantwortlichkeit auch für Strafe wieder hervor und setzt sie in scharfen Gegensatz zur strafrechtlichen Haftung unter neuerlichem Hinweis auf seinen früheren Antrag zum allg. Teil des St.G.B. Insbesondere im vorliegenden Falle halte er die Zivilverantwortlichkeit für viel richtiger als strafrechtliche Haftung. Erstere könne ohne die beantragte Ausnahme statuiert werden, strafrechtliche Haftung aber, wie sie im Abs. II in Konsequenz der Nichtannahme des Systems der Zivilverantwortlichkeit ausgesprochen sei, wäre in manchen Fällen zu hart.

So geben denn die Verhandlungen zum alten P.St.G.B., ohne sich direkt mit dem Feldfrevel zu beschäftigen, höchst bedeutsame Richtpunkte an für die Untersuchung. Es ist eine Verfeinerung der Ansichten zu konstatieren. Und auf diese Weise werden wir allmählich die Grundfragen herausschälen und beantworten können. A priori dieselben zu lösen, ohne die Rechtsanschauungen zu kennen, aus denen das Gesetz hervorging, würde gewiss bedenklich sein.

Schreiten wir also auf dem Wege der geschichtlichen Betrachtung weiter, so gelangen wir zum

II. Bayer. Strafgesetzbuch v. 10. XI. 61,

welches gleichzeitig mit dem vorbesprochenen Gesetze beraten wurde. Hier ist denn auch die Materie des Feldfrevels geregelt und für diese die Haftung Dritter acceptiert, hier im allg. Strafgesetzbuch.

Der bezügliche art. 288 lautet: „In den Fällen der art. 284—287[1]) sind Ehemänner, Familienhäupter und Dienstherrschaften für Geldstrafe und Kosten[2]), vorbehaltlich des Rückgriffes, wo ein solcher statthaft ist, haftbar, wenn die strafbare That durch die bei ihnen wohnenden

1) Thatbestände des Felddiebstahls.

2) Vom Schadensersatz ist nicht die Rede. Hierfür sollte die Zivilgesetzgebung Mass geben.

Ehefrauen, Kinder, Pflegebefohlenen, Dienstboten, Gesellen oder andere in derselben Familiengemeinschaft lebende unselbständige Personen mit ihrem Wissen verübt worden ist oder wenn dieselbe durch gehörige Aufsicht hätte verhindert werden können.

Dieser Artikel wurde entsprechend einem von Edel am 19. IX. 60 im Ausschuss gestellten Antrage eingeschoben. Die Begründung des Antrages[1]) geht dahin, es erscheine zweckmässig, beim Forstdiebstahl in Bezug auf die Haftung dritter Personen einen ähnlichen Vorbehalt zu machen, wie ihn für Forstfrevel das Forstgesetz in Herübernahme der pfälz. Bestimmungen, die wieder aus den französ. Feld- und Forstpolizeigesetzen von 1791 herstammten, enthalten.

Edel verkennt hier, dass die Zivilverantwortlichkeit der bayer. Forstgesetze, wie oben strikte nachgewiesen, aus dem code civil hergenommen ist. Die französ. Spezialgesetze, der code rural art. 7 u. code forestier art. 206, ferner das übrigens durch die beiden vorgenannten gleichzeitig mit dem code civil erlassenen Gesetze beseitigte Feldpolizeigesetz v. 28. IX./6. X. 1791 Tit. II art. 7 haben nur die Bedeutung, dass sie entsprechend der generellen Verfügung des code civil für Feld- und Waldfrevel eine zwar etwas weitergehende, aber auch auf Schadensersatz beschränkte und im übrigen genau ebenso fundierte Verantwortlichkeit aussprechen.

Wir wissen bereits aus den Verhandlungen zum P.St.G.B., dass Edel trotz dieser Herleitung die zivile Theorie verwirft. Das thut er auch hier durch Anführung der „inneren Gründe, welche die Statuierung einer solchen Haftung (wie er sie vorschlägt) für sich habe". In der schon bekannten Weise führt er aus, dass das Objekt des durch abhängige Personen begangenen Feldfrevels meist in das Haus des Gewaltinhabers komme und dortselbst verwendet werde, ohne dass sich im einzelnen Falle gerade eine intellektuelle Urheberschaft des Hausherrn nachweisen liesse. Da aber beim Feldfrevel trotz dieser gleichen Grundlage manches anders sei als beim Forstfrevel, so empfehle sich eine Restriktion der Haftung auf die Felddiebstähle derjenigen, welche in einem Abhängigkeitsverhältnisse im Hause wohnen, mit Ausschluss der nicht in Kost und Wohnung ihrer Arbeitsherrn stehenden Arbeiter, weil diese das Entwendete in ihrem eigenen Hause verwenden, nicht in das des Familienhauptes bringen. Eine weitere Restriktion bestehe darin, dass die Haftung nur dann eintreten solle, wenn der als haftbar Erklärte von der Entwendung gewusst oder dieselbe durch gehörige Aufsicht habe verhindern können. Für die Aufnahme eines derartigen Artikels spreche auch insbes. die Erwägung, dass von Kindern u. s. w. in der Regel die ihnen auferlegten Geldstrafen und Kosten nicht beigetrieben werden könnten.

Dieselben Gedanken werden beim preuss. Gesetzgeber begegnen. Das zivilrechtliche Subjektionsverhältnis und die Gemeinschaft bildet nurmehr die faktische Grundlage zur Verantwortlichmachung, die

---

[1]) V. d. K. d. A. 1860 B.B. III 96.

rechtliche ist zu einem delictum sui generis und zwar ohne Schuldpräsumtion gemacht, im Gegensatz zur Teilnahme, wobei auf die Unterscheidung des „Wissens“ um die konkreten Entwendung von dem durch allgemeine Aufsicht „Hindern können“ einstweilen aufmerksam gemacht werden mag.

Nachdem die in Edels Antrag noch enthalten gewesene Haftung für den Schadensersatz abgelehnt worden war, da diese wohl in ein Spezialgesetz, wie das Forstgesetz, nicht aber in das allg. Strafgesetzbuch passe, zumal sie da, wo sie nach Zivilrecht Platz greife, sich von selbst verstehe, hält ein anderer Abgeordneter die Bestimmung deshalb für unnötig, weil diese Fälle bereits durch die Normen über Urheberschaft, Teilnahme, Begünstigung und Hehlerei hinreichend gedeckt seien, dem aber vom Referenten nachdrücklich widersprochen wird. Und die von jenem befürchtete zu weite Ausdehnung der Haftung wird vom Ministerialkommissär mit dem Hinweis auf den Ausdruck „gehörige“ Aufsicht, vom Antragsteller damit zurückgewiesen, dass die Schlussworte des Artikels nicht von jenem Grade von Aufsicht verstanden würden, der erforderlich gewesen wäre, um den Diebstahl unter allen Umständen zu verhindern, wenn dieser Grad von Aufsicht über die Pflicht des Familienhauptes hinausreiche. Schliesslich wurde festgestellt, dass das Wort Familienhaupt hier in weiterem Sinne zu nehmen, d. h. nicht auf den Fall einer potestas zu beschränken sei, vielmehr den an der Spitze der in Familiengemeinschaft lebenden unselbständigen Personen Stehenden begreife, eine Bemerkung, welche die alten Wurzeln des Instituts zu einer deliktischen Ausgestaltung verwertet.

Nachdem so ein strafrechtlicher Thatbestand offenbar vorliegt, ist es bezeichnend, dass Stenglein[1]), der das gar nicht verkennt, trotzdem und obwohl das Gesetz absichtlich sich des Wortes „haftbar“ bedient, harmlos den Ausdruck „zivilverantwortlich“ gebraucht.

In der Reichsratskammer[2]) wurde die zweite Alternative gestrichen, „weil sie in einzelnen Fällen zu fürchterlicher Verantwortlichkeit führen würde“, wogegen von anderer Seite angeführt wird, die Bestimmung sei allerdings streng, aber man müsse ja die Hinderungsmöglichkeit nachweisen können und der Gegensatz im Gesetze sei, dass der Frevel mit ihrem Wissen verübt wurde, dies letztere aber nachzuweisen sei sehr schwer.

Schliesslich wurde aber doch auch die zweite Alternative Gesetz, da die zweite Kammer daran festhielt. Referent hob namentlich darauf ab, dass ohne die Haftbarmachung dritter Personen durch die Strafbestimmungen nichts ausgerichtet sei. Und werde der Schlusssatz gestrichen, so verlöre der ganze Artikel seine Bedeutung; denn wenn nicht schon die Merkmale der Teilnahme gegeben seien, so werde in der Regel das Mitwissen nicht nachgewiesen werden können.

art. 345 II St.G.B. endlich statuiert eine primäre und ausschliessliche Haftung für Feldfrevel (Gegensatz zum Felddiebstahl), wie sie art. 18 P.St.G.B. als generelle bereits enthielt: „Sind die in Abs. I

---

1) Komm. z. bayer. St.G.B. v. 1861. Bem. zu art. 288 S. 399.
2) V. d. K. d. R. R. 59/60 I 279 ff.

bezeichneten Handlungen durch Familienangehörige, Dienstboten, Taglöhner, Hirten oder in ähnlichen Verhältnissen stehende Personen auf Befehl oder Anordnung des Familienoberhauptes, Dienstherrn oder Arbeitgebers vorgenommen, so ist nur derjenige strafrechtlich haftbar, auf dessen Befehl oder Anordnung die Handlung vorgenommen wurde."

So stehen wir an der Pforte des geltenden Rechts, des

III. Polizeistrafgesetzbuches v. 26. XII. 1871.

Der die Haftung normierende art. 122 dieses Gesetzes findet seine Vorgänger eben in dem art. 345 II und art. 288 bayer. St.G.B. Die Herübernahme dieses Gegenstandes in das P.St.G.B. erklärt sich damit, dass durch das R.St.G.B. eine Änderung des allgemeinen Strafrechts erfolgt war, somit die Partikularstrafgesetzbücher für die von jenem ergriffenen Materien ausser Kraft traten. Deshalb wurde die im § 2 E.G.R.St.G.B. ihm zur eigenen Regelung überlassene Materie vom bayer. Gesetzgeber in dieses Sammelgesetz eingefügt, während die allgemeine alleinige Verantwortlichmachung des art. 18 alten P.St.G.B. in Wegfall kam. Ein weiteres höchst bemerkenswertes Moment ist, dass, wie sich gleich ergeben wird, ausserdem direkt als Vorbild massgebend war die preuss. Feldpolizeiordnung von 1847, welche eine ganz absolute, lediglich an objektive Merkmale angeschlossene Haftung aufstellt und die Haftung derart als Polizeiinstitut auch ihrem Wesen nach in das P.St.G.B. gehört.

Im Entwurf (art. 124) wie im Gesetz findet sich unser Artikel im XI. Hauptstück unter der Überschrift: Übertretungen in Bezug auf Landwirtschaft, Jagd und Fischerei. Die Motive[1]) beschränken sich auf die Bezugnahme, dass im art. 124 ein bereits im art. 345 II bayer. St.G.B., sowie in § 49 der preuss. Feldpolizeiordnung enthaltener, der Natur der Sache entsprechender Grundsatz zur Anwendung gebracht sei. art. 288 l. c. ist absichtlich nicht citiert. Das preuss. Vorbild hat zu einer anderen Fassung des Gesetzes in Abs. II geführt, dass nämlich der Gewalthaber haftet, wenn ihm rein thatsächlich die Vorteile des Deliktes zugekommen sind[2]). Neu ist auch die ausdrückliche Betonung der Subsidiarität der Vollstreckung gegen den Haftbaren in Abs. III.

Ein Antrag[3]), die Ehemänner als „zivilverantwortlich" für die Ehefrauen „in Übereinstimmung mit art. 288 St.G.B." zu erklären, wurde abgelehnt, nachdem der Ministerialkommissär erklärte, der Grund der Auslassung sei, dass diese Bestimmung wesentlich der preuss. Feldpolizeiordnung nachgebildet sei und man möglichst wenig hiervon habe abweichen wollen, zumal die Haftungsverbindlichkeit des Ehemannes schon aus anderen Gründen (!) bestehe, und nachdem der Ausschussvorstand sich dahin geäussert hatte, nicht nach allen Rechten sei der

---

[1]) V. d. G.G.A. d. K. d. A. 1871/72 I 26.

[2]) Vergl. hierzu die Andeutungen dieses Gedankens bereits in den früheren Verhandlungen.

[3]) a. a. O. II. 43.

Ehemann zivilverantwortlich für Handlungen seiner Ehefrau, wo aber das Zivilgesetz den Ehemann für verantwortlich erkläre, genüge die Bestimmung des Zivilrechts vollkommen zur Begründung der Haftung.

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit wird der „strafrechtlichen Mitverhaftung“ des neuen Gesetzes gegenübergestellt.

Damit haben wir, zumal im Hinblick auf den eben besprochenen unmittelbaren Anknüpfungspunkt, den Übergang gewonnen zum preuss. Recht, das, obgleich teilweise älter, von Anfang an energisch für die strafrechtliche Natur und viel zielbewusster aufgetreten ist als die bayer. Auffassung des Instituts.

§ 10.

Das preussische Recht.

A. Die älteren Gesetze.

Das preussische Recht dieses Jahrhunderts weist hinsichtlich der Haftung Dritter eine in sich geschlossene Entwickelung auf, welche neben den Forst- und Feldpolizeigesetzen auch die Materie des Zoll- und Steuerstrafrechts mitumfasst, ja, diese bildet ausweislich des Berichtes der Justizkommission zum H.D.G. das Vorbild der ersteren.

Es sei daher an dieser Stelle ein ganz kurzer Überblick über die bezüglichen Gesetze des 19. Jahrhunderts erstattet, der für die theoretische Betrachtung wichtige Grundlagen liefern wird[1]).

I.

Als Ausgangspunkt sind die am Schlusse der geschichtlichen Einleitung oben angeführten Bestimmungen des A.L.R. zu betrachten, auf welche ich hier Bezug nehme. Dort haben wir eine ganz unbedingte, d. h. auf eine Verschuldung gar kein Gewicht legende Haftung gefunden, welche sich schlechtweg auf ein gewisses Verhältnis des Thäters zum Haftbaren aufbaut. Es war teils eine primäre und alleinige, im Abschnitt über das Strafrecht, teils eine subsidiäre im Abschnitt über das Handelsrecht.

Jene erstere wurde in der Zoll- und Verbrauchsteuerordnung v. 26. V. 18 § 39 gleichfalls eine subsidiäre d. h. vom Unvermögen des Thäters abhängige, und diese Bestimmung wurde aufgenommen in die Steuerordnung v. 8. II. 19 § 83, während die Kabinetsordre v. 6. X. 21 interpretationsweise die Notwendigkeit des Zugriffes auf den Haftbaren vor Vollstreckung der eventuellen Freiheitsstrafe gegen den Thäter betont. Über die innere Konstruktion des Verhältnisses wird sich nicht geäussert.

Bei der infolge der Zollvereinsgründung zu München im Jahre 1836 tagenden I. Zollkonferenz beantragte Preussen die Festsetzung der subsidiarischen Vertretungsverbindlichkeit dahin, dass die Gewerbe-

[1]) Vergl. in Näherem Büren a. a. O. S. 25 ff., aber mit ganz unrichtigen theoretischen Resultaten.

treibenden wegen aller Vergehen ihrer Untergebenen gegen die Zollgesetze, andere Personen nur wegen derjenigen von ihren Ehegatten und Kindern bei Gelegenheit aufgetragener Geschäfte begangenen haften sollten im Falle des Unvermögens des eigentlichen Thäters.

Auf Antrag der drei süddeutschen Staaten wurde der Zusatz gemacht, dass die Haftungsverbindlichkeit nicht eintreten solle, wenn erwiesen werde, dass die Übertretung ohne Vorwissen des zur Haftung für verbindlich Erklärten geschehen sei, jedoch ohne irgend welche strafrechtlicher Motivierung.

Demnach stand also Preussen auf dem Standpunkte der absoluten Haftung auf Grund des Haftungsverhältnisses ohne Rücksicht auf konkretes Verschulden, und diesen Gedanken hat es im Zollstrafgesetz v. 23. I. 38 § 14 erneuten Ausdruck verliehen, und für sein Gebiet gegen den Antrag der süddeutschen Staaten Stellung genommen, indem es unter stillschweigender Ablehnung eines Einflusses der Schuld bezw. Unschuld des Haftbaren auf die richterliche Festsetzung der Haftung als Ersatz dafür lediglich der Verwaltungsbehörde die in die späteren Gesetze übergegangene Fakultät gab, auf die Einziehung der Busse vom Vertretungspflichtigen zu verzichten und die Vollstreckung der substituirten Freiheitsstrafe gegen den Thäter zu verfügen.

Diese Bestimmung ging unverändert über in das Gesetz wegen Abänderung des § 83 d. Steuerordnung v. 8. II. 19 und der Deklaration v. 6. X. 21 vom 21. IX. 60 § 2 (Haftung), § 3 (Fakultät), unter Ablehnung jeder anderweitigen, vielfach angestrebten Milderung. Der Kommissionsbericht charakterisiert dabei unser Institut als „ein eigentümliches Produkt positiver Gesetzgebung, das weder in strafrechtlichen noch zivilrechtl. Grundsätzen seine Begründung finde".

Von einer praesumtio iuris et de iure der Schuld des Haftbaren ist nicht die Rede! Die Annahme einer solchen liegt auch nicht in der einzig etwa hierher bezüglichen Äusserung des Justizministers, dass, vom theoretischen Standpunkte aus betrachtet, das vorliegende Gesetz allerdings nicht genügen würde, man müsse vielmehr dem Angeklagten seine Schuld beweisen.

Gibt sich in diesen Worten eine unzweifelhaft strafrechtliche Anschauung kund, die übrigens abzüglich des Schuldmoments schon längst hinter dem ganzen Institute steht, so ist damit jedoch der Entwickelung vorgegriffen, indem das Zollstrafgesetz von 1838 die Wurzel des ja auch chronologisch vor die letzterwähnten Gesetze zu stellenden H.D.G. v. 1852 ist.

Ich komme damit zur Betrachtung der Entstehungsgeschichte der F.F.P.G., nochmals eindringlich darauf hinweisend, das bis jetzt die Haftung nur durch das besondere Verhältnis zwischen Thäter und Haftbaren begründet wird unter Ausschluss einer Relevanz der Schuldfrage, welche nicht einmal gestreift wird.

Diesem Bau fügt sich, was die objektive Fundamentierung der Haftung anlangt, vollkommen ein die noch vor dem H.D.G. zu erwähnende und, wie wir sehen werden, die zweite, nähere Wurzel desselben bildende

II. Feldpolizeiordnung vom 1. XI. 1847,

welche ihrerseits in partikularen, provinziellen Forst- und Feldordnungen ihre speziellen Vorläufer (neben jener allg. Entwickelung) findet.

§ 49. I. „Eltern, Pflege-Eltern und Dienstherrschaften haften, sofern die von ihren im elterlichen Hause sich aufhaltenden Kindern oder Pflegekindern oder von ihren Dienstboten begangenen Feldfrevel zu ihrem Vorteil gereichen, für die Pfandgelder, Entschädigungen, Kosten und Geldbussen."

II. „Kann die Geldbusse gegen den eigentlich Schuldigen nicht vollstreckt werden, so steht der Behörde frei, nach ihrem Ermessen entweder die Geldbusse von jenen subsidiarisch dafür verpflichteten Personen einzuziehen oder mit Verzichtung hierauf die im Falle des Unvermögens an die Stelle der Geldbusse tretende Gefängnisstrafe oder Strafarbeit vollstrecken zu lassen".

Da im Jahre 1847 für die preuss. Monarchie zwar eine ständische Vertretung ins Leben gerufen war, aber dieselbe noch nicht in der modern konstitutionellen Weise fungierte, so haben wir zu diesem Gesetz keine Materialien in unserem Sinn.

Aber schon aus dem Text ergibt sich im Zusammenhalt mit der Rechtsgeschichte das Prinzip der absoluten d. h. lediglich an das Autoritätsverhältnis und die Hausgenossenschaft geknüpften Haftung, bei welcher ein Verschulden des Haftbaren nicht in den Thatbestand aufgenommen und auch nicht etwa mittels einer Präsumtion in denselben eingefügt ist, wenn auch als legislativer Grund die erfahrungsgemässe Wahrscheinlichkeit einer Verschuldung sehr ins Gewicht fällt. Und indem hier noch das äussere Moment des Vorteils in den Thatbestand gesetzt wird, ergibt sich einerseits in letzterer Beziehung ein gewisser Rückschluss auf Komplizität, andererseits tritt in ersterer die Ursprungsmarke des alten deutschen Rechts hervor, insoferne das Familienverhältnis etc. und der Vorteil in Abstraktion von subjektiven Momenten die Haftung begründen. So wird dieses Gesetz für das Verständnis der späteren von eminenter Wichtigkeit.

Dabei sind auch hier wie im bayer. Recht die Entschädigungen und die Geldbussen in eine Linie gestellt, aber nur wegen des gleichen Rechtsgrundes der Haftung, ohne dass irgend daran gedacht wird, beiden dieselbe rechtl. Natur zuzuschreiben.

Das eigentliche Fundament der beiden geltenden Gesetze, auf welches in den Verhandlungen zu dem letzteren ausdrücklich Bezug genommen wird, ist

III. das Holzdiebstahlsgesetz v. 2. VII. 1852

und zu diesem besitzen wir auch Materialien.

§ 10 Abs. I des Entwurfs verfügt, dass für die Geldbussen, den Wertsersatz und die Kosten, zu denen Personen verurteilt werden, welche unter der Gewalt, der Aufsicht oder im Dienste eines anderen stehen und zu dessen Hausgenossenschaft gehören, dieser im Falle ihres Unvermögens für verhaftet zu erklären ist und zwar unabhängig von der ihn etwa selbst treffenden Strafe.

Während Abs. I in dieser Fassung Gesetz wurde, erlitt Abs. II im Plenum eine Modifikation. Im Entwurf lautete er so:

Die Haftbarkeit wird nicht ausgesprochen, wenn derselbe den Beweis führt, dass der Diebstahl weder mit seinem Wissen verübt ist noch zu seinem Vorteile hat gereichen sollen.

In dieser Verbindung manifestiert sich einerseits der Zusammenhang mit der Feldpolizeiordnung[1]), andererseits zum erstenmale das Bestreben, dem inneren Momente in der Richtung auf den möglichen Fortfall der Haftung Relevanz zu verleihen.

In den Motiven aber finden wir die Sätze, auf die sich die herrschende preussische Auffassung von der rechtlichen Natur und der juristischen Konstruktion der Haftung stützt.

Zu Abs. I heisst es nämlich: „Aus der gegen diese Personen, unter deren Gewalt oder Aufsicht oder in deren Diensten die verurteilten Holzdiebe stehen, streitenden Präsumtion der Komplizität und Mitwissenschaft ist die subsidiarische Haftbarkeit dieser Respektspersonen für die von dem unvermögenden Thäter verwirkte Geldstrafe etc. gesetzlich ausgesprochen, dergestalt, dass diese Haftbarkeit unabhängig von der den Verhafteten etwa selbst treffenden Strafe bestehe. Jene Präsumtion rechtfertigt sich erfahrungsgemäss, denn bei nur einiger Beaufsichtigung ist es nicht leicht denkbar, dass die der Hauszucht untergebenen Kinder u. s. w. den Diebstahl ohne **Auftrag, Einwilligung** oder doch **Konnivenz** der Eltern u. s. w. begehen.“ Zu Abs. II wird bemerkt, dass der Grund der subsidiarischen Haftbarkeit im Falle des § 10 immer nur auf einer Präsumtion beruhe, die nicht ganz absolut wirken könne.

Hier erscheint also die Schuldpräsumtion auf der Bildfläche und zwar im Sinne einer direkten oder indirekten Beteiligung am Delikt, indem der Mitwissenschaft eine sehr weite, den gewöhnlichen Begriff der Teilnahme erheblich überschreitende Bedeutung beiwohnt, wie sie aus dem Schlusssatz der Motive zu Abs. I erhellt.

Die strafrechtliche Fundierung der Haftbarkeit steht demnach ausser allem Zweifel.

Der Bericht der Justizkommission in der I. Kammer[2]) zu § 10 lautete:

„Das Verantwortlichkeitsprinzip, welches diese Bestimmung einführt, ist aus dem Steuergesetze (§ 19 des Zoll-Strafgesetzes v. 23. I. 1838) entnommen, hier aber aus denselben Gründen wie dort zu billigen, zumal hier die in den Steuergesetzen nicht enthaltene Modifikation einer Befreiung der Verantwortlichkeit auf Grund eines geführten Gegenbeweises hinzugefügt ist.“

Damit ist der sub I berührte weitere Zusammenhang klargestellt. Die bisherige objektive Grundlage ist nur scheinbar verlassen, indem das Bestreben auftritt, die Schuld zu berücksichtigen und nun über

---

1) Aber bereits im Schlussworte mit einer subjektiven Färbung.
2) Im Plenum am 4. VI. 52 verlesen. V. d. I. K. 1852 I 243 ff.

den Wegfall der Haftung hinaus versucht wird, solche in den Thatbestand hineinzubringen.

Anderseits wurde die Streichung der Worte „noch zu seinem Vorteile hat gereichen sollen“ beantragt. Für die Beibehaltung wurde angeführt, es würde der Holzdiebstahl meist von den Knechten und Taglöhnern vollführt, während der kleine Besitzer abwesend sei, um sich vom Verdachte des Diebstahls zu reinigen. Wenn er sich nun mit Nichtwissen entschuldige, so sei durch jene Worte gerade der Beweis geführt, dass er davon gewusst habe, indem seine Knechte ihm das Holz in das Haus gebracht hätten.

Der Antragsteller bezeichnete dieses Bedenken als auf einem Missverständnisse beruhend. Er selbst habe gegen das Prinzip des § 10, obgleich es abweiche von den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen, mit Rücksicht auf die besondere Eigentümlichkeit des Holzdiebstahles und die Art, wie er begangen werde, nichts zu erinnern. Man habe indes gefühlt, dass unter Umständen eine Ausnahme eintrete, dass also ein Gegenbeweis gegen diese gesetzliche Präsumtion zulässig sein müsse. Dieser könne aber nur darin bestehen, dass der Haftbare darthue, er habe von dem Diebstahl nichts gewusst, es sei ganz gegen seinen Willen von seinen Angehörigen gestohlen worden. Diesen Gegenbeweis müsse er selbst führen; er werde es in der Regel nicht können. Folglich sei die Präsumtion gegen ihn derart, dass er in der Regel auch verurteilt werden müsse. Aber es gebe Fälle, wo dieser Nachweis doch geführt werden könne. Wenn dabei der Mann abwesend sei und für die Hausbedürfnisse bereits gesorgt habe, dürfe man nicht noch den weiteren Nachweis verlangen, dass der Diebstahl nicht zu seinem Vorteile habe gereichen sollen. Das sei ein Akt, der im Innern des Thäters vorgehe, darüber könne der Dritte nichts nachweisen; es genüge vielmehr vollkommen der Beweis, dass der Diebstahl wider sein Wissen geschehen sei. Es beleidige das juristische Gefühl, noch weitergehend den Betreffenden strafen zu wollen.

Dem wurde von anderer Seite beigetreten mit der Begründung, die Vermutung spreche allerdings gegen den, dessen Leute den Diebstahl verübten, und dafür, dass er um diesen gewusst habe, er solle deshalb mit für die Strafe aufkommen. Wenn er aber den in den seltensten Fällen überhaupt möglichen Gegenbeweis geführt habe, so könne es nicht darauf ankommen, ob jemand ohne sein Zuthun und Wissen etwas unternehme, was zu seinem Vorteile gereicht hat oder hat gereichen sollen.

Berichterstatter aber betonte, ein spezielles Wissen um die konkrete That sei gar nicht vorausgesetzt und daher würden jene Fälle schon mitgetroffen, wogegen der Antragsteller dieselben als unter die Hehlerei des § 5 und 6 fallend erklärte.

Nunmehr tritt aber zu dieser „subsidiären Haftung“ noch eine ganz neue, das Gesamtbild der Haftung erst recht ergänzende Erscheinung hinzu, eine unmittelbare Haftung, welche der mit dem vorhergehenden § in untrennbarem Zusammenhang stehende § 11 d. Entw. einführt.

„Der Schuldige, welcher noch nicht das 16. Lebensjahr vollendet hat[1]), wird, wenn er mit Unterscheidungsvermögen gehandelt hat, zur vollen gesetzlichen Strafe verurteilt. Hat er ohne Unterscheidungsvermögen gehandelt, so wird er freigesprochen und derjenige, welcher in Gemässheit des § 10 dieses Gesetzes haftet, zur Zahlung der Geldbusse, des Wertersatzes und der Kosten, welche den Thäter getroffen haben würden, falls er das 16. Lebensjahr vollendet gehabt hätte, unmittelbar als haftbar verurteilt.

§ 12 endlich, welcher von der Umwandelung der Geldbusse in Gefängnisstrafe handelt, wenn jene „wegen Unvermögens des Verurteilten und des etwa für haftbar Erklärten nicht beigetrieben werden kann", bestimmt in Abs. III, dass gegen die in Gemässheit der §§ 10 und 11 als haftbar Verurteilten an Stelle der Geldbusse eine Gefängnisstrafe nicht eintrete.

Der Kommissionsbericht hierzu[2]) besagt, dass ein Antrag, „auch für diese subsidiäre (!) Haftung die Gefängnisstrafe eintreten zu lassen", abgelehnt worden sei, weil es sich hier nicht um ein Vergehen, sondern eben nur um eine Haftung aus vernachlässigter Aufsicht handle, daher alle körperlichen Strafen auszuschliessen seien.

Das ist nun allerdings ein von der Komplizität abweichender Gedanke, der aber in dem Begriff des „Wissens um die That" in gewisser Beziehung bereits steckt und hier zum erstenmal scharf betont wird. Im übrigen aber bleibt trotzdem die Grundidee der mehr oder minder weit ausgedehnten Beteiligung am Prinzipaldelikt das massgebende, wie sie namentlich in der unmittelbaren Haftung bei Unzurechnungsfähigkeit des Thäters entgegentritt.

In der Gestalt, welche der Entwurf so in der 1. Kammer erhalten hatte, wurde er zwei Tage vor Schluss des Landtages der 2. Kammer vorgelegt. Hier wurde[3]) Streichung des ganzen § 10 angeregt, weil dieser schon in Abs. I mit der Haftung viel zu weit gehe und man ferner dadurch, dass Abs. II dem Dienstherrn die Führung des Beweises, dass er nichts von dem Holzdiebstahl wisse, also eine Negative auferlege, zu etwas komme, was noch nicht existiert habe. Wenn der Dienstherr von der That des Knechtes Wissenschaft habe, so werde er schon nach den allg. Strafbestimmungen als Teilnehmer, Urheber oder Begünstiger mit zur Strafe gezogen werden müssen, und es bedürfe deshalb einer so abnormen Bestimmung nicht. Referent erwiderte hierauf, die Kommission sei sogar der Ansicht gewesen, dass der Dienstherr selbst dann verantwortlich sein müsste, wenn der Thäter nicht zu seinen Hausgenossen gehörte. Die 1. Kammer habe die Haftung auf die Hausgenossen beschränkt und beruhe diese Anordnung darauf, dass der Herr vollkommen in der Lage sei, seine Hausgenossen zu übersehen und dass er sehr gut dafür sorgen könne, dass diese

---

[1]) Das ist die Grenze des jugendlichen Alters nach damaligem Recht (preuss. St.G.B. v. 1851), welches die absolute Strafunmündigkeit und dadurch gegebene weitere Unterscheidung noch nicht kannte.

[2]) a. a. O. S. 244.

[3]) St.B. über d. V. d. II. K. v. 1852 III 1482.

nicht delinquieren, wenn er dafür sorgen wolle; wolle er das aber nicht, so sei es ganz in der Natur der Sache liegend, dass, weil er eine schlechte Aufsicht über seine Hausgenossen führe, er auch für ihre Handlungen verantwortlich sei.

Weiter aber erklärte der Referent die Notwendigkeit jener Bestimmung. Bisher sei es so, dass die Kinder das Holz stehlen und die Eltern es verbrauchen, oder der Knecht zum Nutzen seines Herrn einen Holzdiebstahl begeht und dass 14—15jährige Kinder in das Gefängnis kommen, die Eltern aber, die Verführer zu den schlechten Handlungen, frei ausgehen. Das sei der Zustand, der die Demoralisation des Volkes so sehr begründet habe, der fast noch nachteiliger wirkte, als der Holzdiebstahl selbst. Gerade jener Demoralisation werde durch diese Bestimmung vorgebeugt.

Diese Auslassungen des Referenten geben neben der Präventivtendenz des Gesetzes namentlich die zwei Gedanken der schlechten Aufsicht und einer Art der intellektuellen Urheberschaft kund, unter Prävalierung des letzteren.

Der Text des Gesetzes selbst geht ausschliesslich dahin, dass die Haftbarkeit nicht ausgesprochen wird bei Führung des Beweises, dass der Diebstahl „nicht mit seinem Wissen verübt ist".

Dadurch ist m. E. als Grundlage die Komplizität am Diebstahl selbst im weitesten Sinne acceptiert einschliesslich der dolosen Duldung, während der Hinderungsmöglichkeit erst im folgenden Bedeutung beigemessen wird.

Es bauen sich nämlich auf dem eben betrachteten Gesetze auf

B. Die beiden geltenden Gesetze,

deren Entstehungsgeschichte wir uns nunmehr zuwenden.

I. Das Forstdiebstahlsgesetz v. 1878.

Dieses Gesetz hatte den Zweck, das vorige mit wichtigen Grundsätzen des inzwischen in Geltung getretenen R.St.G.B. in Einklang zu bringen, wobei jenes in seinen Grundzügen beibehalten wurde.

So ist auch § 10 des Entwurfes fast wörtlich herübergenommen, enthält aber abgesehen von der Hereinziehung des § 361, 9 St.G.B. eine wichtige Änderung, dahin, dass der Nachweis des Nichthindernkönnens die Haftung ausschliessen soll.

Um zunächst auf die Motive[1]) einzugehen, so ergeben diese deutlich den Zusammenhang mit dem älteren Recht. „Die §§ 10 und 11 entsprechen in der Hauptsache den Bestimmungen der §§ 10 u. 11 G. v. 2. VI. 52. Der § 10 des ged. Ges. ist seinem vollen Inhalt nach in den § 10 Entw. aufgenommen und mit einem Zusatze versehen worden, der durch (die Einführung des) § 361, 9 seine Erklärung findet. Der § 11 a. a. O. ist in seinem 1. Satz durch § 9, in seinem 2. Satz durch § 11 Entw. wiedergegeben, und zwar mit denjenigen Änderungen und Ergänzungen, welche durch die mit dem Reichsgesetze eingeführte Straflosigkeit der Kinder unter 12 Jahren, sowie durch die Verlegung der vollen Strafmündigkeit vom 16. auf das 18. Lebens-

[1]) St.B. ü. d. V. d. Herrenhauses 1877/78. II Anl. S. 12.

jahr bedingt waren. Neu hinzugetreten ist nur die Vorschrift des § 11 II, wonach der Grundsatz der Haftbarkeit Dritter im Falle der Freisprechung des nicht strafmündigen Thäters ausgedehnt wird auf den Fall, wenn ein strafmündiger Thäter wegen Mangels der freien Willensbestimmung freigesprochen wird. Dieser Zusatz beruht auf der Erfahrung, dass sehr häufig geistesschwache Personen von ihren Hausangehörigen zur Verübung von Holzdiebstählen gebraucht werden."

Die Änderung der Fassung des Haftausschliessungsgrundes wird zunächst gar nicht berührt; man dachte wohl, der neue Begriff sei der weitere, so dass durch ihn der Fall der Komplizität, Urheberschaft, von dem auch der Schlusssatz der Motive handelt, mitgetroffen und im Ganzen nichts geändert werde.

Die Kommissionsverhandlungen der 2. Kammer zeigen zunächst die Ablehnung des Antrags auf Wegfall der Haftung, wenn der Haftbare festgestelltermassen „sich körperlich oder geistig in einem Zustande befindet, der ihm jedes Einschreiten gegen den Thäter unmöglich macht", und eines weiteren Antrags auf Einschaltung des Zusatzes hinter die Worte „als haftbar zu erklären": „wenn er dieselben schuldhafter Weise von der Begehung der That abzuhalten unterlassen hat".

Dagegen drang durch die Änderung der Fassung: „Weist derselbe nach" in „Wird festgestellt". Der Amendementsteller erklärte eine derartige Aufbürdung der Beweislast für unzulässig, weil es sich um eine kriminelle Verantwortlichkeit handelt.

Ein weiteres Bedenken desselben Antragstellers betraf den Umstand, dass durch die Bestimmung des Entw., die Haftung solle unabhängig von der Bestrafung aus § 361, 9 eintreten, „derselbe Mann wegen derselben Übertretung zweimal bestraft werde". Man dürfe demgegenüber nicht einwenden, dass Haftbarkeit und Strafe verschiedene Begriffe seien (!). In ihren vermögensrechtlichen Folgen für den Haftbaren seien sie gleich.

Dem wurde entgegengehalten, dass § 361, 9 selbst die Kumulation ausdrücklich enthalte. In der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle seien die Eltern etc. geradezu die intellektuellen Thäter, indem sie ihre Hausgenossen zur Begehung von Delikten veranlassen.

Der Bericht schliesst mit der Bemerkung des Regierungskommissärs, dass lediglich bestehendes Recht reproduziert werde. Seit 50 Jahren bestehe in Preussen diese Vorschrift, ohne dass Klagen darüber hervorgetreten seien. § 361, 9, der aus demselben Bedürfnis hervorgegangen sei, habe überdies die Landesgesetzgebung in diesen Punkten aufrecht erhalten.

Die unmittelbare Haftung endlich wurde in der Kommission als im Widerspruch gegen alle strafrechtlichen Grundsätze stehend, bekämpft. Man könne unmöglich gegen einen Dritten eine Strafe festsetzen, da jeder kausale Nexus zwischen diesem Dritten und der strafbaren Handlung fehle. Dem wurde entgegnet, der Kausalzusammenhang liege „in dem Verhältnisse der Personen, des Thäters und seines Aufsehers"[1]).

[1]) Angefügt wurde noch, es sei übrigens doch nicht ausser Acht zu lassen, dass nach § 13 die Umwandelung der Geldstrafe in Gefängnisstrafe für den Haftbaren ausgeschlossen sei.

Abg. Bähr aber urgierte in Bekämpfung der Kombination der Haftung mit § 361, 9 den Standpunkt eines eigenen Deliktes der Nichthinderung[1]): „Der § 11 spricht die Haftbarkeit des Gewalthabers aus. Das ältere preuss. Gesetz bestimmte, dass der Vater für die Geldstrafe seines Kindes haften solle, insoferne er nicht den Beweis erbringe, dass er das Kind an der Begehung der That nicht habe hindern können. (?) Es bestimmte also eine Strafe für den Vater dafür, dass er es nicht gehindert habe, in Verbindung mit einer prozessualischen Präsumtion, dergestalt, dass, solange er nicht den Beweis führt, angenommen wird, er habe es hindern können. Da kam die Novelle zum R.St.G.B." Diese habe keine solche Präsumtion aufgestellt wie das preuss. Gesetz, dafür sei aber auch die Strafe strenger. Offenbar sei hier wie dort die Strafe bestimmt für eine und dieselbe Handlung, wenn sie auch dort mittels einer prozessualen Präsumtion festgestellt werde; der Vater werde bestraft dafür, dass er das Kind nicht abgehalten hat. Demgemäss werde hier ein und dieselbe Handlung doppelt gestraft, was auf jeden Fall, wenn nicht formell unzulässig, so doch materiell ungerecht sei.

Das Resultat ist bis jetzt folgendes: Auch hier gehen die Meinungen bei Übereinstimmung über die strafrechtliche Grundlage hinsichtlich der Konstruktion der Haftung sehr durcheinander bezw. es herrscht keine rechte Klarheit.

Es wird die Kontinuität des Rechtszustandes behauptet und an der Verschiedenheit der Haftung von der gewöhnlichen Strafe, an der Begründung derselben durch ein bestimmtes Verhältnis festgehalten, andererseits über das mit letzterem verbundene blosse legislative Motiv hinaus im Wege der Schuldpräsumtion ein eigenes Delikt der Nichthinderung zu konstruieren versucht, und daneben erhält sich doch immer noch der bisherige Gedanke der Urheberschaft oder Teilnahme am Hauptdelikt auf der Bildfläche.

Namentlich aber kompliziert sich die Sache, wenn wir mit den letztgedachten Äusserungen des Abg. Bähr die Kommissionsbeschlüsse des Herrenhauses[2]) vergleichen, welche den alten Haftausschliessungsgrund des „Nichtwissens" wieder hereinbrachten und neben das „Nichthindernkönnen" stellten, auf diese Weise beide Begriffe schärfer unterscheidend und den Zusammenhang mit dem alten Gesetz wieder herstellend.

„Der dem § 9 H.D.G. im wesentlichen entsprechende § 10 der Vorlage betrifft die Haftpflicht für die Geldstrafen etc. der Untergebenen und Hausgenossen und fand nur insofern Bedenken, als die Haftbarkeit nur dann ausgeschlossen sein soll, wenn der sonst Haftpflichtige nachweist, dass er die That nicht verhindern konnte. § 9 des Ges. v. 1852 verlangte nur (!) den Beweis, dass die That nicht mit seinem Wissen verübt sei. Der Vertreter des Justizministeriums erachtete das Wissen oder Nichtwissen für eine innere Thatsache, die schwer nachzuweisen sei. Die Kommission beschloss jedoch, das Nichtwissen neben dem Nichthindernkönnen als Entlastungsgrund für

[1]) Anl. d. V. d. H. K. 77/78 S. 1102.
[2]) a. a. O. S. 148.

den Haftbaren aufzunehmen.“ Nachdem weiter „die unmittelbare Verfolgbarkeit der sonst nur subsidiär Haftpflichtigen“ im Falle des § 12 als einem praktischen Bedürfnisse entsprechend anerkannt wurde, war die Kommission bei § 13 IV „im allg.“ der Ansicht, dass „gegen die für Geldstrafen etc. nur subsidiär Haftbaren nach allg. Annahme in ähnlichen Gesetzen eine Umwandelung der Geldstrafe in Gefängnis nicht stattfinden könne“. Der dadurch verminderten Wirksamkeit der Haftpflicht würde meist § 3619 abzuhelfen vermögen. Jedoch würde die die unmittelbare Haftung statuierende Vorschrift wirkungslos bleiben, „wenn die gegen diese Personen unmittelbar erkannten Geldstrafen nicht in Gefängnis umgewandelt werden könnten“. In der Regel schickten sie die Kinder selbst in den Wald.

Der in diesem Sinne in 1. Lesung gefasste Abänderungsbeschluss wurde in 2. Lesung wieder beseitigt, weil nach § 11 i. f. die Haftbarkeit überhaupt nicht eintrete, wenn die Zuwiderhandlung ohne Wissen des Haftpflichtigen geschehen sei, und daher eine Änderung der Regierungsvorlage keine praktische Bedeutung habe.

Aus diesen Erklärungen ergibt sich, einmal, dass die Komplizitätsidee wieder in den Vordergrund tritt, und ferner, dass die Nichtumwandelung der Geldstrafe gegenüber dem Haftbaren durchaus nicht auf zivilist. Rücksichten, wie im bayer. Recht beruht, vielmehr zeigt vornehmlich die unmittelbare Haftung ein scharfes kriminelles Gepräge, das sich dadurch dem ganzen Institute aufdrückt.

Hinsichtlich des äusseren Verhältnisses ist endlich noch ein Kommissionsbeschluss des Herrenhauses[1]) zu erwähnen, der auch Gesetz wurde. Es wurde nämlich hervorgehoben, dass das Vorhandensein subsidiarisch haftbarer Personen die Strafvollstreckung oft verzögern, da erst wenn die Exekution auch gegen diese fruchtlos ausgefallen sei, die Freiheitsstrafe vollstreckt werden könne. Zur Vermeidung dieser Weiterungen bei dem gewöhnlich vorhandenen Unvermögen sowohl des Schuldigen als des Haftbaren, sei in verschiedenen Gesetzen der Vollstreckungsbehörde ein Wahlrecht eingeräumt worden z. B. nach § 153 II V.Z.G.

Dem Einwand des Regierungskommissärs, dass über die Geldstrafe nicht der Staat, sondern der Bestohlene zu verfügen habe[2]), wurde dann im Gesetze dadurch möglichst Rechnung getragen, dass dem Amtsrichter die Freilassung des Haftpflichtigen zustehen soll, wenn dessen Unvermögen gerichtskundig ist.

II. Das Feld- und Forstpolizeigesetz v. 1880.

In untrennbarem Zusammenhang mit dem Gesetze, das wir jetzt verlassen, steht das gleichzeitig vorgelegte und mit ihm als Einheit gedachte, aber durch verschiedene äussere Zufälle erst zwei Jahre später zur Verabschiedung gekommene gegenwärtige Gesetz.

Somit gilt, wie auch schon der Text erkennen lässt, für beide Gesetze, was die juristische Betrachtung anlangt, genau dasselbe und können beide daher wechselseitig zur Interpretation benutzt werden[3]).

---

[1]) a. a. O. S. 149.

[2]) Nach § 34 des Ges. fällt die eingezogene Geldstrafe dem Verletzten zu.

[3]) Die Streitpunkte bei den Verhandlungen über das neuere Gesetz betreffen ganz andere Dinge als die einfach übernommene Haftung.

Der Entw. der Staatsregierung [1]) lautete in den einschlägigen §§ ganz gleich dem Entw. zum F.D.G.

Die Motive dieses „Polizeigesetzes", welche die zum F.D.G. gewissermassen ergänzen, beginnen damit, es sei ein durch die Reichsgesetzgebung anerkanntes Übel, dass die durch abhängige Mitglieder der Familien- und Hausgenossenschaften verübten Angriffe in besorgniserregender Weise sich vermehrt hätten, ein Übel, zu dessen Bekämpfung das Reichsgesetz die Bestimmung des § 361,9 getroffen habe. So heilsam diese im allgemeinen erscheine, genüge sie doch nicht auf dem besonderen Gebiete der Feld- und Forstfrevel. Deshalb verfüge § 6 entsprechend der Vorschrift des § 361,9 die Mitverhaftung der Gewalthaber, Pfleger und Dienstherrschaften.

Nachdem so das Verhältnis zu § 361,9 beleuchtet ist, werden nunmehr die legislativen Gesichtspunkte für die Sonderbehandlung angegeben, zunächst die äusseren: Eine solche konkurrierende Verantwortlichkeit der Gewalthaber sei unerlässlich, solle die Verfolgung dieser Delikte nicht illusorisch werden. Denn im allg. besässen die hier in Frage kommenden Thäter nichts, und wo also der nur schwer zu erbringende Beweis des § 361,9 nicht zu führen sei, würden die betreffenden Zuwiderhandlungen teils straflos, teils die nebenhergehenden Ansprüche auf Schadensersatz inhaltlos bleiben. Daran knüpfe sich eine doppelte Gefahr, welche einerseits in der Unsicherheit des Eigentums an Objekten liege, welche durch die Wachsamkeit des Eigentümers nicht behütet werden können, andererseits in der Verwilderung der Jugend und der abhängigen Hausgenossen durch den Missbrauch, der mit ihnen zu Gunsten der Habsucht ihrer Gewalthaber betrieben werde.

Damit wird zur inneren Begründung übergegangen. In Rücksicht hierauf sprächen nämlich fast alle den Schutz der Felder und Forsten betr. Gesetze in mehr oder minder unbedingter Weise die Haftbarkeit der Eltern etc. aus. Die Erfahrung habe aber gelehrt, dass nur der Grundsatz der unbedingten Verantwortlichkeit den beabsichtigten Zweck erfülle, während alle Verklausulierungen, namentlich im Punkte der Beweislast, lediglich dazu führen, arglistigen Gewalthabern Straflosigkeit zu verschaffen.

Es ergäben sich aber zwei Schranken für die Haftung, über welche hinaus diese des Rechtsgrundes entbehre.

1. Es müsse von der Haftbarkeit der Gewalthaber gänzlich abgesehen werden, wenn sie den Beweis erbrächten, dass sie die Zuwiderhandlungen nicht verhindern konnten, weil der Rechtsgrund ihrer Verantwortlichkeit darin beruhe, dass sie verpflichtet und der Regel nach in der Lage sind, die Begehung der Forst- und Feldfrevel seitens der von ihnen abhängigen Personen zu verhindern.

2. Es könnten, wenn vom Beweis einer selbständigen Schuld abgesehen werde, die verhängten Folgen nur vermögensrechtliche sein.

Wie noch erinnerlich, begründet das bayer. Recht diese zweite

[1]) Herrenhaus a. a. O. S. 31.

Beschränkung ganz anders, und auch zu 1. haben wir hier dieselbe Motivierung wie dort, aber mit ganz anderer Färbung.

Steht weiter schon hier der Gedanke der Arglist in etwas unklarer Kombination mit der culpa in der Aufsicht — so wird jener Gedanke gleichwie beim F.D.G., durch die Kommission des Herrenhauses[1]) wieder in das Gesetz explicite aufgenommen, um die Übereinstimmung beider herzustellen, indem die Alternative des „Nichtwissens" eingefügt wurde.

Hinsichtlich der ersten Lesung im Abg.Hause kann auf I. verwiesen werden, da dieselbe für beide Gesetzesentwürfe gemeinsam erfolgte. Bemerkenswert hierher ist nur der Kommissionsantrag, den Satz in Abs. I: „Wird festgestellt etc." an den Schluss des § zu setzen, zur Klarstellung, dass diese exceptio auch für die Fälle des zweiten Absatzes gelten solle. Die Stellung zwischen zwei, zwar auf der gemeinsamen Vermutung einer gewissen Komplizität beruhenden, aber verschieden gestalteten Haftbarkeiten würde zu einer Interpretation führen, welche dem Sinn des Gesetzes zuwiderlaufe. Nachdem der Min.Kommissär dieses Bedenken durch den Hinweis auf den Passus in Abs. II „in Gemässheit etc." zerstreut hatte, wurde dieser redaktionelle Antrag abgelehnt, wie auch ein weiterer, welcher in Abs. II vor „ausschliessenden Zustandes" das Wort „dauernd" einschieben wollte, um die Haftung für im Zustande der Volltrunkenheit von Untergebenen begangene Delikte auszuschliessen, wofür doch nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge jene Autoritäten nicht verantwortlich gemacht werden könnten.

Aus obigem aber ist das für die preuss. Auffassung charakteristische Schlagwort von der Präsumtion einer gewissen Komplizität, in welchem die beiden strittigen Alternativen zusammengefasst werden sollen, am Abschluss der Verhandlungen besonders hervorzuheben.

Die weiteren Verhandlungen sind nämlich für uns ohne grösseres Interesse[2]). Nur sei aus der dritten Lesung eine wegen ihrer Eigenart zu notierende Äusserung des Abg. Francke aufgeführt[3]). Dieser erklärt, hier sei ein ganz neues, gegenüber dem St.G.B. anomales Prinzip aufgestellt, dass die Eltern etc. für diejenigen Feld- und Forstfrevel haften sollen, die ihre Kinder begehen. Dieses Prinzip sei äusserst vernünftig und habe sich in Frankreich und am Rheine durchaus bewährt. Hier stehe aber eine Haftung für die Geldstrafe, wenn das Kind noch nicht 12 Jahre alt oder der Thäter blödsinnig ist. Er wisse nicht, wie gegen ihn, der mit dem Strafrecht gar nichts zu thun hat, strafrechtlich nicht bestraft werden könne, da die Strafe normiert und auf den Vater übertragen werden könne[4]).

Damit bin ich mit der Betrachtung des preussischen Rechts zu Ende, das, wie sich von selbst ergibt, in vielfachen Beziehungen in

---

1) a. a. O. S. 166.

2) Der Entw. blieb zunächst unerledigt. Dem nächsten Landtag wurde derselbe Entw. unter Weglassung der Schadensersatzhaftung, die auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen wurde (!), unterbreitet.

3) a. a. O. S. 1120/1121.

4) Auch von diesem Abg. wird von dieser Frage der Strafhaftung die bez. des Wertersatzes scharf abgetrennt.

scharfen Gegensatz zum bayer. Recht tritt; aber gerade dieser Gegensatz, wie er sich in der Entstehungsgeschichte äussert, führt zur Erkenntnis des Wesens der Haftung, deshalb, weil wir trotzdem denselben Grundlagen begegnen. Das persönliche Verhältnis zwischen den beiden in Betracht kommenden Personen ist das gleiche, das Vorwissen und das Hindernkönnen spielt hier wie dort seine Rolle.

Es wäre hier noch zu frühe, dies näher auszuführen und sei vielmehr jetzt noch ein kurzer Blick auf die Entstehung der neueren Reichsgesetze geworfen, deren historische Grundlage wir bereits sub I dieses § kennen lernten.

§ 11.

Das fiskalische Recht.

Im Hinblick auf die zahlreichen Bearbeitungen dieser Materie und die im allgemeinen bei den Verhandlungen hervorgetretene Übereinstimmung über die kriminelle Natur der Haftung darf ich mich hier mit einigen Worten begnügen.

Es betrifft dies das G. betr. d. s. H. vom 8. VII. 68, dessen Urheber (Abg. Dr. Friedenthal u. a.) den Zweck verfolgten, „einem rechtlich unmöglichen Zustand ein Ende zu machen und die bisherige eklatante Bestrafung Unschuldiger zu beseitigen", „den Redlichen zu schützen, den Unredlichen zu strafen".

In Verkennung der bisherigen Rechtsgrundlage und entsprechend den modernen Ideen, wie sie auch auf die Verhandlungen zu den preuss. Forstgesetzen influierten, wird jetzt darüber gestritten[1]), ob die Haftung auf einer praes. iur. et de iure, dass der Haftbare bei dem Steuerdelikt irgendwie beteiligt gewesen sei, mitgewirkt habe, oder auf dem dem Haftbaren zu liefernden Nachweis einer culpa in eligendo vel custodiendo beruhe. Ein Abg. äusserte, es sei derjenige, welcher nach den bisherigen Gesetzen sehr oft ohne jede Schuld büssen müsse, von der Haftbarkeit unter gewissen Voraussetzungen zu entbinden. Ein anderer trat für die Aufrechterhaltung der angeblichen pr. i. et de i. ein, da es den allgemeinen Grundsätzen widerspreche, wenn der Entwurf die Fahrlässigkeit als Grund der Bestrafung annehme. Dagegen wurde aber erklärt, es sei oberster Grundsatz der Kriminaljustiz immer gewesen, dass dem Angeklagten seine Schuld durch den Ankläger bewiesen werden müsse, und so wurde das neue Fahrlässigkeitsdelikt geschaffen, während in anderen Gesetzen das „Vorwissen" sich erhielt, so dass wir auch auf diesem Gebiete den gleichen beiden Gedanken begegnen, wie bei dem bayer. und preuss. Recht.

Ich schliesse mit einer gegenüber dem Vorgehenden charakteristischen Bemerkung des Abg. Weigel, welche bei eben jenen Verhandlungen fiel:

„Die subs. Haft. ist eine willkürliche Schöpfung des mächtigen, seiner Macht sich bewussten und seine Macht gebrauchenden Steuer-

1) V. d. nordd. Reichst. St.B. sess. 1868 I 369 ff.

fiskus, die allzeit soweit gereicht hat, wie er sie auszuüben die Macht und die Kraft gehabt hat; es ist lediglich die Absicht, auf jede beliebige Weise dafür zu sorgen, dass die Steuern richtig eingehen, bei Konstruierung und Ausdehnung der Subsidarhaft massgebend gewesen."

§ 12.

Anhang: Die Entstehung des § 361 Z. 9 R.St.G.B.

Die Bestimmung des § 361, 9 ergänzt die speziellen Haftungen in gewisser Weise und ferner ist auch sie ein Ausläufer des zu eruierenden Haftungsprinzipes. Es ist daher dienlich, an dieser Stelle wenigstens bei den amtlichen Motiven kurz zu verweilen:

Es hatten sich Missstände ergeben infolge der Einführung einer absoluten Strafunmündigkeit und dem Bedürfnis nach Abhilfe entsprach die Novelle von 1876.

„Die in neuerer Zeit beobachtete Zunahme der Eigentumsverletzungen durch Kinder hat man mit der Vorschrift des § 155 in Verbindung bringen wollen." Wegen der mangelnden Zurechnungsfähigkeit des Kindes sei aber diese Bestimmung nötig.

„Der Zunahme der von Kindern begangenen Übertretungen der Strafgesetze kann daher nicht durch Aufhebung oder Herabsetzung des Alterstermines für die kriminelle Zurechnung entgegen getreten werden. Die Abhilfemittel sind in anderer Richtung zu suchen."

„Häufig liegt die nächste Ursache der Verletzung der Strafgesetze auf Seite der Eltern und jener Personen, in deren Gewalt und Aufsicht die Kinder stehen, indem diese, wenn nicht durch Anstiftung im eigentlichen Sinn, so doch durch präsumtives Einverständnis, durch schuldhaftes Geschehenlassen an den Handlungen beteiligt erscheinen. Dies wird namentlich für jene Arten von strafbaren Handlungen zutreffen, über deren gesteigertes Verüben durch Kinder hauptsächlich Klage geführt wird, wie Entwendung von Feldfrüchten und Walderzeugnissen, Übertretungen der Steuergesetze u. dgl. Hier muss sich die Ahndung folgerichtig gegen jene richten, deren Schuld mehr oder weniger die strafbaren Handlungen veranlasst hat. In dieser Beziehung soll, soweit nicht die allgemeinen Bestimmungen über Thäterschaft und Teilnahme ausreichen, durch § 361, 9 des Entw. die nötige Ergänzung geboten werden, und zwar im Einklang mit den erhobenen Beschwerden, welche im wesentlichen ein Ausbeuten der Bestimmung des § 55 durch gewissenlose Eltern und Pfleger behaupten".

„Wenn die Ursache des Übels in der eigenen[1]) fehlerhaften Willensrichtung des jugendlichen Übelthäters liegt, ist fast immer ein Zusammenhang mit verwahrloster Erziehung, Mangel an der erforderlichen Zucht und Aufsicht nachweisbar."

So steht am Ende des Ganzen eine zweifellose Strafsatzung.

---

[1]) Im Gegensatz zum unzurechnungsfähigen bloss als Werkzeug dienenden Thäter.

IV. Kapitel.

Dogmatische Erörterung im allgemeinen.

Der bisherige Gang der Untersuchung hat bereits zu den Kernpunkten des Streites geführt. Nunmehr ist es an der Zeit, dazu Stellung zu nehmen und an die juristische Konstruktion des Rechtsgebildes selbst heranzugehen.

Da heisst es zunächst, sich mit der zivilistischen Theorie abzufinden, wie sie namentlich durch die bayer. Auffassung vertreten wird.

I. Abschnitt.

Abweisung der ausschliesslich zivilistischen Konstruktion und Abgrenzung der kriminellen Haftung gegenüber der zivilen.

Die Haftung Dritter ist eine so eigenartige Erscheinungsform des positiven Rechts, dass in der That auf den ersten Blick in der äusseren Gestaltung derselben manche Anhaltspunkte für eine privatrechtliche Auffassung sich finden lassen. Die Abhängigkeit der Haftung von fremder That, ihre Bemessung nach fremder Schuld, ihre Anknüpfung an andere Momente als das der Verschuldung, an das bürgerliche, das Familienverhältnis, ihr Wegfall bei Bestrafung des Thäters, die Beschränkung der Haftung auf das Vermögen, das Regressrecht und vieles andere, so auch naturgemäss der Text des art. 69 bayer. F.G. und endlich die gleichmässige Haftung für Strafe, Schadensersatz und Kosten, das alles nimmt gegen eine strafrechtliche und für eine zivilistische Konstruktion ein.

Es würde aber ein falscher Weg sein, auf dem man sich in lauter Einzelheiten verlieren würde, wollte man die Gründe für und gegen diese Theorie aufzählen. Vielmehr sind nur die Grundfehler zu bekämpfen. Im bes. Teil werden auf der inzwischen gewonnenen theoretischen Grundlage an der Hand der einzelnen Gesetzesbestimmungen ohnehin die verschiedenen Einwürfe noch zu würdigen sein, wenn es gilt, die Übereinstimmung des aufgestellten Prinzips mit dem positiven Rechte nachzuweisen.

§ 13.

Schadensersatz und Strafe.

Der Fundamentalfehler, welchen die meisten Anhänger der zivilistischen Theorie begehen, ist der, dass sie den inneren Gegensatz von Strafe und Schadensersatz nicht oder unrichtig erfassen und dann die Haftung für Strafe mit der Haftung für Schadensersatz (der Wertersatz ist ein Teil des letzteren), für die hinterzogene Steuer auf eine Stufe stellen.

I. Die Entstehungsgeschichte des bayer. Rechtes zu art. 69 F.G. zeigt deutlich dieses Verfahren, indem die ursprünglich auf den Schadensersatz beschränkte, dem code civil entstammende, rein zivilrechtliche Haftung aus praktischen Gesichtspunkten auf die Geldstrafe erstreckt wurde, ohne dass sich aber dadurch die Meinung über das Wesen der Haftung im geringsten änderte.

Dabei ist gleich zu bemerken, dass die Haftung des code nicht sowohl auf dem Schuldprinzip, als auf dem sog. Veranlassungs- und Vertretungsprinzip, nicht sowohl auf einer Beziehung des Haftbaren zu der schadenstiftenden Handlung, als auf dem zwischen ihm und dem Thäter[1]) bestehenden Verhältnis beruht, so dass von einer deliktischen Verschuldung, welche man dann im kriminellen Sinne verwerten könnte, nicht die Rede ist.

Die irrtümliche Anschauung spiegelt ein Urt. des Münchener Oberlandesgerichts v. 28. VII. 81[2]) charakteristisch wieder: Nach dem älteren pfälz. Gesetz konnte die Zivilverantwortlichkeit nur für die Entschädigungen und Kosten Platz greifen, das Ges. v. 1845 dehnte diese zivilrechtliche Verantwortlichkeit auch auf die gegen die Frevler erkannten Geldstrafen aus. Daraus wird dann im Hinblick auf die einschlägige Stelle der Motive der Schluss gezogen: Somit ist die Haftbarkeit rein zivilrechtlicher Natur und daher keine Strafe. Erinnern wir uns aber an den Schlusssatz dieser Motive, es liege kein Grund vor, den Dritten mit Rücksicht auf sein besonderes Verhältnis zum Frevler so gut wie für die Entschädigung auch für die Geldstrafe gesetzlich haftbar zu machen, so ergibt sich der zweite Irrtum, der mit dem ersten in Verbindung steht:

Weil die Haftbarkeit für fremde Leistungen, sei es Strafe oder Ersatz, auf einem zivilrechtlichen Verhältnis beruht, ist sie selbst ein zivilrechtliches Verhältnis, und zwar ist sie eine einheitliche Ersatzpflicht für die einem Dritten aus seinem, des Dritten, also aus fremdem Verschulden obliegende Leistung[3]). Der Gesichtspunkt der unterlassenen Hinderung vermag es nicht, dem Institut kriminelle Färbung zu verleihen, zumal er, das ist der dritte Irrtum, selbst wenn er massgebende Bedeutung erlangen würde, nicht als strafrechtliches Verschulden gälte, denn dieses setzt nach der damaligen bayer. Anschauung eine, wenn auch noch so entfernte Beteiligung am Hauptdelikt voraus, welche aber hier geradezu ausgeschlossen wird.

II. Mag man aber auch die Haftung begründen, wie man wolle, so darf doch niemals der Gegensatz von Strafe und Schadensersatz dabei ignoriert werden und damit gelange ich zur Begründung des entscheidenden dogmatischen Satzes, dass die Haftung für Strafe in unserem Gesetze in keinem Falle eine zivilistische sein kann.

Die hier überall nebeneinander bestehende, der gleichen doppelten Haftung des Thäters selbst entsprechende Haftung für Strafe einer-

---

1) Bezw. der schädlichen Sache.

2) O.L.G. I 454.

3) Zu vergl. O.L.G. VIII 22: „Haftung für Geldstrafen und andere Leistungen“ und O.L.G. IV 41: „eine aus zivilrechtlichen Verhältnissen entspringende Haftbarkeit des Vermögens“.

seits, für Schadensersatz andererseits, erwächst unleugbar aus derselben Wurzel, sei diese das persönliche Verhältnis jener beiden, sei sie die Komplizität oder culpa in der Aufsicht. Demnach dürfen so wenig wie die Primärfolgen der That, die beiden Haftungen juristisch als gleich und als Einheit betrachtet werden. Diese Differenzierung der Folgen aber ergibt sich dadurch, dass gegen denselben Rechtsbruch sowohl in der Richtung der Verletzung der Rechtsordnung als solcher, des Rechtsinteresses, als in der Richtung der Verletzung des Individualinteresses des persönlich Geschädigten gleichzeitig gesondert reagiert wird.

Denn der Gegensatz von Strafe und Reparationspflicht liegt weder in den Voraussetzungen, an welche die Leistung anknüpft, noch in der Leistung selbst und deren Eigenschaften, zumal wenn sie in Geld besteht.

Sind ja diese Voraussetzungen bei den Delikten, bei denen die Verletzung eines Individualinteresses überhaupt in Frage kommt, die gleichen, und ist ferner, was den zweiten Punkt anlangt, die Schadensersatzpflicht selbst nicht ungeeignet, zugleich als Strafmittel zu wirken. Das ältere Recht, das sich mit der einfachen Reaktion begnügt, verfährt fast durchweg auf diese Weise; es sei nur an die ungünstige Ersatzberechnung der lex Aquilia, an die Kompositionen der Volksrechte erinnert, vor allem tritt diese Erscheinung auch da auf, wo nicht der Schädiger selbst, sondern ein anderer den Ersatz leisten muss, der sonst nicht dazu verpflichtet wäre, der nur, wie der Beamte, wie die Eltern, in der Aufsicht lässig war, und der nun haftbar gemacht wird für den aus dem Delikt hervorgegangenen Schaden. So haben wir unser Institut wieder. Es wird die Ersatzpflicht poenae causa auferlegt.

Erst wenn neben die Reparierung des Schadens die selbständige Strafe und die Haftung für diese tritt, scheidet sich das Zivil- vom Strafrecht scharf ab.

Denn es liegt der Unterschied von Strafe und Schadensersatz nur in den subjektiven Beziehungen und Zwecken einer Leistung[1]) ex delicto und tritt daher, nachdem dieselbe Leistung beiden Zwecken dienen kann, nur dann der Unterschied in die Erscheinung, wenn für beide Beziehungen und Zwecke je eine besondere Leistung besteht.

Dieser Unterschied ist aber ein fundamentaler. Denn gehen wir auf das der Strafe zu Grunde liegende Verbot und dessen Grund zurück, „so führt die Feststellung dieser latenten Normen darauf hin, dass durch die Strafsatzung die That als mit den Grundlagen unserer rechtlich bestätigten Sittenanschauungen unvereinbar gekennzeichnet wird und demgemäss einen Anspruch des Staates (als des Schirmers der Rechtsordnung) auf persönliche Sühne, die Strafe erzeugt[2])", ohne dass dadurch dem Beschädigten selbst Ersatz wird. Dafür tritt dann der eigene Schadensersatzanspruch des Verletzten, bezw. solcher ein, die an dem ungeschmälerten Bestand von dessen Vermögen ein Interesse haben. Das Wesen dieser Leistung besteht, wie schon der

1) s. Oetker, Haftung S. 205.
2) Endemann, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts. 4. Aufl. I 363.

Name sagt, lediglich in der Ersetzung des dem Geschädigten erwachsenen Schadens, der privatrechtlichen Vermögensausgleichung[1]), während vom Strafzweck, der bereits anderweitig erreicht ist, völlig abgesehen wird. Und so gibt es schädliche Handlungen, welche die allg. Rechtsordnung gar nicht wesentlich berühren und daher lediglich eine private Ersatzverpflichtung nach sich ziehen.

Bei der Auferlegung des Schadensersatzes verfolgt das Recht den Zweck, dass die Leistung des Äquivalent für einen erlittenen Schaden bes. Vermögensschaden[2]) eines Einzelnen sei, und so besteht lediglich eine Beziehung zwischen Schädiger und Beschädigten, in dessen Vermögen der Ersatz direkt gelangen muss. Bei der Strafe dagegen ist es die Beziehung zur öffentlichen Rechtsordnung, der Zweck der Aufrechterhaltung derselben und der Zufügung eines Rechtsübels gegen den Verletzer.

Daher kann niemals der öffentlich rechtliche Strafanspruch des Staates mit dem Schadensersatzanspruch des Verletzten auf eine Stufe gestellt werden, der durch den Bruch der Rechtsordnung derselben zugefügte Schaden lässt sich nicht durch Geld ausgleichen, und so kann auch niemals die dem Staate, nicht dem Fiskus gegenüber bestehende Haftung für Strafe, welche, wie wir sehen werden, auch kriminelle Zwecke verfolgt, mit der Haftung für Ersatz zusammen einheitlich als ein Gebilde des Zivilrechts konstruiert werden, vielmehr ist die letztere ziviler, die erstere krimineller Natur.

Es ist durchaus nicht an dem, wozu man durch die Betonung der Insolvenz des Thäters gelangen möchte, dass nämlich die Haftung ausschliesslich bezwecke, dem Fiskus die Geldstrafen schlechterdings zuzuführen, vielmehr ist das nur einer der mehreren Gründe und sind es strafrechtliche Beziehungen und Zwecke, welche zur Auferlegung dieser Haftung führten, wie das die spätere Darstellung des Näheren erweisen wird.

Damit erübrigt auch die Widerlegung der sub I gestreiften Anschauung, als genüge die blosse mangelhafte Aufsichtsführung nicht, um eine kriminelle Basis herzustellen, und ebensowenig kann es entscheidend sein, dass es ein „bürgerliches oder Familienverhältnis“ ist, auf welchem die Haftung sich aufbaut[3]).

Mit Vorstehendem sind die Grundlagen der Untersuchung, was einerseits die Haftung für Strafe, andererseits die für Schadensersatz betrifft, geliefert. Daher werden wir uns fast ausschliesslich mit der bestrittenen

---

[1]) id quod interest. vergl. auch B.G.B. §§ 249, 250.

[2]) Aber möglicherweise auch für einen ideellen Schaden B.G.B. § 847.

[3]) Wenn § 34 pr. F.D.G. sagt: „Eine auf Grund dieses Gesetzes ausgesprochene und eingezogene Geldstrafe fliesst dem Beschädigten zu“, so kann daraus kein Schluss im Sinne der zivilist. Theorie gezogen werden. Denn es geht gerade diese Formulierung davon aus, dass die Strafe dem Staate geschuldet wird, der dann, nachdem der Strafzweck bereits erreicht ist, seinerseits darüber weiter verfügen und sie dem Beschädigten, nachdem sie eingezogen ist, egal aus welchen Gründen (hier ausweislich der Motive als eine Art Ersatz für die zahlreichen nicht verfolgbaren Forstbeschädigungen, nicht aber für die in Frage stehende That!) zuwenden kann, wie das auch sonst bei unzweifelhaft primärer Strafe zu Gunsten der Armenkassen u. dergl. in den Gesetzen vorkommt.

Konstruktion der Haftung für die Strafe zu beschäftigen haben, nachdem die daneben auftretende Haftung für Ersatz, obige Unterscheidung scharf im Auge behalten, von selbst ihre Erledigung findet, derart, dass sich genau dieselben Typen auf dem zivilen wie auf dem öffentlichen Rechtsgebiete ergeben.

§ 14.

Die Haftung für Strafe als analoge Ausgestaltung der zivilen Haftung für fremde Schuld.

Die in dieser Überschrift bezeichnete Theorie v. Liszt's, welche in unserem Institut lediglich eine analoge Ausgestaltung der vorhandenen zivilen Haftungen und zwar im Rahmen des Zivilrechts erblickt, ist bereits durch die Ausführungen des vorigen § widerlegt. Trotzdem erscheint es zweckmässig, auf diesen Analogien kurz zu verweilen, um dann den Haftungsgedanken besser herausheben zu können.

I. Vorweg sind scharf auszuscheiden die kontraktlichen Haftungen. Doch sei darauf hingewiesen, dass es eine generelle Streitfrage des gem. Rechtes ist, inwiefern überhaupt jemand in obligatorischen Verhältnissen auch wegen Verschuldens seiner Stellvertreter und Gehilfen verantwortlich gemacht werden kann, und dass Brinz das Prinzip aufstellt, es erstrecke sich „die Haftung des Obligierten auch auf diese Verschuldungen nur unter der Voraussetzung, dass die Verschuldung des Dritten zugleich als seine Schuld erscheint", dies aber dadurch erweitert, dass in den Quellen für die Annahme einer culpa in eligendo mehr der Erfolg, als die Auswahl massgebend sei.

Damit ist also der im modernen Recht zum Siege gelangte Gedanke der unbedingten Vertretungspflicht des Geschäftsherrn für das fremde Verschulden, gleich als ob es sein eigenes wäre, angebahnt, welcher, wie schon das gem. Recht bei der locatio conductio operis von einer eigenen Schuld des Geschäftsherrn (culpa in eligendo vel custodiendo) absieht. § 278 B.G.B. statuiert dies als allg. Prinzip [1]), und die Motive sprechen dazu „von dem hier zur Anerkennung gebrachten Prinzip der Garantie für das ordnungsmässige Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung bei der Leistung sich zu bedienen, dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist".

II. Die Haftung für deliktmässigen Schaden anlangend, so ist für uns von hervorragendem Interesse die Noxalhaftung [2]) des röm. Rechts, mittels welcher der Gewalthaber lediglich als solcher, nicht als Delinquent haftet. Noxa caput sequitur! Nicht sowohl die Verhütung des Deliktes ist das Massgebende, denn jener haftet auf für Delikte aus früherer Zeit, wo die potestas noch nicht begründet war, sondern die potestas stellt dar, dass der Herr das einzige Rechtssubjekt ist und dass das Vermögen haftet für die durch Vermögensstücke, Sklaven oder gewaltunterworfene Familienangehörige verursachten Schäden.

1) Werkzeugstheorie! Ebenso art. 400, 451 H.G.B. u. Reichshaftpflichtgesetz.
2) Schon in der histor. Einleitung in Bezug genommen.

Daher endet mit der noxae datio die Haftung. Immer aber, mag der Herr selbst zahlen, oder der filius familius durch seine Arbeit für den Dritten den Schaden abverdienen oder der Sklave ausgeliefert werden, handelt es sich bloss um Ersatz. Anders wird die Sache dann, wenn das Delikt sciente patre vel domino oder gar iussu begangen ist.

Springen wir von dieser uralten Erscheinung in Absehung von dem im früheren bereits angezogenen art. 1384 code civil[1]) in das modernste Recht des B.G.B. hinein, das sich in seinen §§ 831 u. 832 mit der Haftung Dritter für Delikte befasst und sich hier für die Aufstellung einer culpa in eligendo vel custodiendo mit umgekehrter Beweislast entschieden hat, im Gegensatz zu der absoluten Haftung für Tiere in § 833. Die Motive[2]) beschäftigen sich eingehend mit diesen Grundlagen der Haftung. Ich muss mich hier mit einfacher Verweisung begnügen. Doch sei es gestattet, der gegensätzlichen Anschauungen bei den Verhandlungen II. Lesung aus dem Grunde mit einigen Worten zu gedenken, weil die dabei hervorgetretenen Gedanken, obwohl nur auf den Schadensersatz bezüglich, für die spätere Untersuchung wertvolle Anhaltspunkte liefern werden[3]). Das Bestreben, den „Vertretungsgedanken des art. 1384 c. c." anzunehmen, wurde unter dem Hinweis darauf, dass der Entwurf denselben bei der Haftpflicht der Gastwirte und der jurist. Personen für deren Vertreter anerkannt habe[4]), als „unabweisbare Forderung des modernen Rechtslebens" damit gerechtfertigt, dass auch die natürlichen Personen heutzutage darauf angewiesen seien, sich die Hilfe anderer zu verschaffen und sich ihrer als ihrer Organe zu bedienen.

Besonders wichtig erscheint aber der weiter geäusserte Gedanke der Abnormitätenhaftung. Es genüge bei der modernen Entwickelung der Industrie, die zahlreiche Gefahren mit sich heraufgebracht habe, nicht eine Verantwortlichkeit des Unternehmers für seine Betriebsleiter und Vertreter. Man habe bisher nicht daran gedacht, eine Ausgleichung der durch derartige Betriebe hervorgerufenen Schädigungen vorzunehmen, vielmehr sie den Beschädigten wie einen unglücklichen Zufall tragen lassen. Den Ausgangspunkt müsse der volkswirtschaftliche Grundsatz bilden, dass jedes Gewerbe die Lasten auf sich zu nehmen habe, die in der Eigenart seines Betriebes liegen. Ein wirksamer Schutz werde nur erzielt, wenn man sich nicht nur an den meist vermögenslosen Schädiger, sondern an den Geschäftsherrn selbst halten dürfe, und es auf eine häufig nicht mehr nachzuweisende culpa in eligendo oder custodiendo nicht ankäme. Es sei auch zu erwarten, dass die Erweiterung der Haftpflicht die Gewerbetreibenden zur grössten Vorsicht bei der Auswahl ihrer Angestellten veranlassen würde.

Einig war man sich darüber, dass derjenige, der sich eines andern zu einer Verrichtung bediene, dafür sorgen müsse, dass durch Ausführung derselben ein Dritter nicht Schaden leide; denn die Ausführung sei auch Angelegenheit des Geschäftsherrn und deshalb müsse der

1) Auf §§ 139 ff. II 2 u. § 68 I 6 A.L.R. sei nur hingewiesen.
2) II 736 ff.
3) Protokolle II 585.
4) S. Motive I 103.

Ersatzanspruch in mehr oder minder weitem Umfang auch gegen ihn gehen.

Nach dieser Einschaltung sind im Anschluss an das Vorhergehende noch einige Versuche zivilist. Konstruktion kurz zu besprechen.

§ 15.

Versuch der zivilistischen Konstruktion aus anderen Gesichtspunkten.

I. Man könnte zunächst die Privatstrafen heranziehen, wonach der Verletzte entweder mittels reiner Strafklage eine poena privata, Strafzahlung des Beklagten, oder zugleich mit letzterer auch die Schadensersatzleistung erzielte. Das war aber ein Privatanspruch des Verletzten, wenn auch pönale Elemente dabei unterlaufen. Heute jedoch hat sich das Unrecht differenziert, es herrscht die poena publica, und es handelt sich in allen unseren Fällen um einen Anspruch des Staates, nicht, wie Olshausen etwa annimmt, um eine „Privatgenugthuung“ für den Verletzten.

II. Die weitere Begründung der Haftung dahin, dass sich der Strafanspruch des Staates verwandele in ein „publizistisches Forderungsrecht“ des Staates gegen den Haftbaren beweist zunächst gar nichts für die zivilist. Natur der Haftung, sie ist aber auch begrifflich nicht richtig.

Der Strafanspruch des Staates gegen den Thäter in den Fällen, wo eine Haftung Dritter auftritt, geht nicht unter und verwandelt sich nicht. Das ist auch bei der höchst persönlichen Natur der Strafe nicht anders möglich, eine Übertragung derselben auf einen andern in irgend welcher Weise, um den obigen Satz zu verallgemeinern, ist ganz undenkbar. Vielmehr bleibt, soweit das besondere äussere Verhältnis der subsidiären Haftung zutrifft, der Strafanspruch des Staates nur vorläufig unbefriedigt, die Vollstreckung in suspenso, ihm wird eventuell später durch Substituierung der Freiheitsstrafe Genüge gethan. Das kann der Staat kraft seiner Omnipotenz so bestimmen. Es ist durchaus nicht Begriffsmerkmal der Strafe, dass sie auch wirklich vollstreckt werde. Und so erklärt sich umgekehrt, dass auch die Haftung nicht immer und nicht direkt realisiert, sondern immer nur einer der beiden Ansprüche befriedigt wird, dass die Haftung von der Insolvenz des Thäters teilweise abhängig gemacht wird. Das genügt dem Staate zur Erreichung seiner Zwecke und damit zusammen hängt das der Verwaltungsbehörde eingeräumte Wahlrecht. Stengleins Angriffe in dieser Richtung sind somit unbegründet, abgesehen davon, dass sie auch unlogisch sind, insofern dieselbe Modalität auch bei den anderen von ihm als strafrechtlich betrachteten Haftungen gegeben ist.

Im übrigen werden sich alle Schwierigkeiten bei richtiger Erkenntnis des Haftungsgedankens lösen, welche den Anhängern der herkömmlichen Schuldtheorie Kopfzerbrechen bereiten.

Der Gesichtspunkt der dem Fiskus entgehenden Geldstrafe end-

lich kann gegenüber den prävalierenden kriminellen Zwecken zu einer zivilist. Begründung nicht entfernt ausreichen.

Der Anspruch des Staates gegen den Haftbaren muss vielmehr ein selbständiger sein, aber eben durch seine eigenen Grundlagen, vorzüglich durch das überall gegebene persönliche Verhältnis des Haftbaren zum Thäter, steht er in einem gewissen Zusammenhang mit dem Anspruch gegen diesen und ist daher in gewisser Beziehung von letzterem abhängig.

Damit bin ich bereits beim Zentralpunkt der Untersuchung angelangt.

III. Es ist jedoch hier noch eines Angriffes auf die kriminelle Natur zu gedenken. Daraus nämlich, dass eine Ausdehnung der Haftung auf Freiheitsstrafe bez. Umwandelung in eine solche im allg. von den Gesetzen abgelehnt wird, dass die Haftung sonach eine „vermögensrechtliche" ist, lässt sich kein Schluss in diesem Sinne ziehen. Denn auch die Geldstrafe ist vermöge ihres Zweckes Strafe, obwohl sie nur das Vermögen ergreift, die Frage der möglichen Substitution der Freiheitsstrafe hat damit nichts zu thun, ist nur eine Modalität des Strafvollzugs, nicht gleich zu achten einer primären Freiheitsstrafe. Überdies ist der Staat souverän in der Wahl seiner Strafmittel. Um ein Bild zu gebrauchen, die Abbüssung der subst. Freiheitsstrafe ist in solutione, aber nicht in obligatione [1]).

II. Abschnitt.

Das Prinzip der kriminellen Haftung.

§ 16.

Strafe und Schuld.

Bis jetzt ist festgestellt, dass sich die Haftung für Strafe zivilistisch nicht konstruieren lässt; nunmehr steht zum Beweise, dass, wie die That des Verbrechers selbst einen Strafanspruch des Staates gegen den Schuldigen erzeugt, so auch die Inanspruchnahme des Haftpflichtigen die Realisierung eines solchen gegen diesen darstellt, dass die Haftung insoweit eine Strafe ist.

Denn es ist davon auszugehen, das die Strafe ein höchst persönliches Übel ist, das nicht übertragen werden kann, dass somit der Strafanspruch gegen den Haftbaren ein anderer sein muss, als der gegen den Thäter, und diesen ersteren heisst es nunmehr konstruieren. Damit wird sich zugleich in Hinblick auf das in § 13 Gesagte die Konstruktion der daneben stehenden zivilen Haftung ergeben.

I. Die Strafe wird verhängt, weil seitens des durch die Strafsatzung Getroffenen eine Norm übertreten ist, die vom Staate zum Schutze der öffentl. Rechtsordnung gesetzt ist. Diese Normübertretung kann auch im Unterlassen des Gebotenen, in der Verletzung der durch

[1]) Es möge hier auch auf die rechtshistorische Erscheinung hingewiesen werden, dass bei der Haftung Dritter das Vermögen als solches gestraft wird.

das Gebot auferlegten Rechtspflicht zum Handeln bestehen. Von dieser ist also scharf zu sondern die reine Unthätigkeit. Denn während letztere „eine reine Negative“ [1]) ist, setzt erstere „neben dem Mangel des Eingreifens in vorhandene Kausalreihen stets ein psychologisches Faktum voraus, das durch die Bezeichnung dolus oder culpa genügend verdeutlicht ist“.

Gelingt es, die Haftung auf ein solches eigenes Delikt zurückzuführen, dann besteht kein Zweifel, dass sie Strafe ist. Und auf diese Weise bemüht sich die grosse Zahl der Schriftsteller aus der Erkenntnis heraus, dass es sich hier auf Grund der subjektiven Beziehungen und Zwecke der Leistung um eine Strafe handelt, überall eine Schuld des Haftbaren zu konstruieren, indem von der Strafe auf die Schuld zurückgeschlossen wird. Denn die moderne Theorie betrachtet den Satz: keine Strafe ohne Schuld, als ausnahmslos.

II. In der That schliesst unser modernes Recht die Strafe der Regel nach an subjektive Momente an. Das ältere Strafrecht dagegen hat, wie aus der histor. Einleitung ersichtlich, den Schuldgedanken noch unvollkommen erfasst.

Und wenn man die historische Entwickelung unseres Instituts im Auge behält, so ergibt sich, dass man nicht, nachdem im Thatbestand der Gesetze selbst nichts davon steht, ex post, wie es die gemeine Meinung thut, überall Schuld in den Thatbestand hinein präsumieren darf, sondern dass umgekehrt in der Regel die auf objektive Momente gegründete Haftung nur hinterher zum Wegfall gebracht werden kann durch Anführung subjektiver Umstände.

Das ursprüngliche ist die Haftung ohne Rücksicht auf Schuld d. h. ohne Relevanz der etwaigen Unschuld, daraus entwickelt sich die oben geschilderte Bildung und erst ganz zuletzt tritt ein eigenes Delikt des Haftenden als Ausnahme auf.

So erscheint das ganze Institut als ein einheitliches Gebäude, dass die Fälle der Strafe ohne wie mit Schuld in sich aufnimmt. Dem Delikte des Haftenden bei letzteren entspricht in jenen Fällen die Analogie eines solchen, es ist der Thatbestand, an welchem die Strafe ansetzt, im Effekt ganz ähnlich dem des Delikts, nur dass eben die Schuld nicht als Begriffsmerkmal in ihm enthalten ist.

Und ferner: So schroff der Satz scheint, dass es auch Strafe ohne Schuld gibt, so wird sich zeigen, dass in allen diesen Fällen die Strafe doch in der Regel einen Schuldigen trifft und dass überdies in unseren Gesetzen der Unschuldige fast durchweg die Möglichkeit hat, seine Schuldlosigkeit darzuthun.

Dieses Haftungsprinzip, das die gemeine Meinung nicht erfasst hat, wurde auch, das sei offen zugegeben, von dem Gesetzgeber nicht überall voll erkannt, aber er hat die bestehenden Institute, die auf ihm ruhen, herübergenommen und damit selbst, wenn auch teilweise unbewusst, das Prinzip acceptiert.

Die Haftung ist also zwar Strafe, aber teilweise ohne Schuld.

Obwohl die herrschende Meinung, was die Haftung Dritter anlangt, die Schuld fordert, und zwar meist im Wege der Präsumtion,

[1]) Oetker, Haftung S. 91.

„durch welche die rechtliche Bedeutung der präsumierten Thatsache gerade besonders betont wird“[1]), erkennt sie doch für die Thäterhaftung ausnahmsweise positivrechtliche Strafe ohne Schuld an. So für § 137 I V.Z.G.[2]), ähnlich § 20 Brtw.St.G. v. 1887 u. § 46 Z.St.G. v. 27. V. 96. Auch eine Reihe von E. d. R.G. geben die Möglichkeit schuldfreier Verbrechen bei sonstigen Steuergesetzen[3]) zu.

Es lässt sich nicht leugnen, sagt Liszt, dass hier die Strafe (als Ordnungsstrafe) lediglich an den objektiven Thatbestand angeknüpft wird. Diese Erscheinung von sog „Formaldelikten“ lasse sich beklagen aber nicht einfach hinwegleugnen.

Was aber schon für die Thäterhaftung möglich ist, das ist erst recht möglich für die Haftung Dritter, die nicht Thäter sind.

§ 17.

Das persönliche Verhältnis zwischen Thäter und Haftbarem.

I. Auf sämtlichen Gebieten, auf welchen unser Rechtsinstitut noch vorkommt, findet man als Fundament der Haftung eine bestimmte persönliche Beziehung zwischen dem unmittelbaren Urheber des Deliktes und dem Haftbaren.

Das ist das objektive Substrat der Haftung und zwar die einheitliche Wurzel des ganzen Instituts, von welcher sowohl die Haftung ohne Schuld als mit Schuld ausläuft.

Es bildet dadurch dieses Verhältnis das Charakteristikum des Ganzen.

Dasselbe ist später seinerseits die Grundlage für die selbständige Herausbildung des Gedankens einer Beteiligung oder schuldhaften Nichthinderung, während sich ursprünglich und allgemein die Haftung, sobald sie durch das Delikt des Dritten ausgelöst ist, unmittelbar und ausschliesslich an jenes Verhältnis ansetzt.

Dieses selbst aber enthält bereits jene Elemente.

Hier haben wir die strikten Nachweise des deutschrechtlichen Ursprungs und der polizeistaatlichen Weiterführung. Die Hausgemeinschaft ist mit dem Autoritätsverhältnis das Massgebende. Im patriarchalischen Staat bildet der mit vollen Disziplinarbefugnissen ausgestattete Hausvorstand die Unterinstanz des Rechtslebens und er ist daher aus diesem Verhältnis unbedingt und allgemein verantwortlich.

---

1) Liszt 9. Aufl. S. 155.

2) „Das Dasein der in Rede stehenden Vergehen und die Anwendung der Strafe derselben wird in den im § 136 angeführten Fällen lediglich durch die daselbst bezeichneten Thatsachen begründet.“

3) Vergl. E. VII 240 (Wechselstempelst.G. v. 10. VI. 69). VIII 182 (preuss. Kabin.-Ordre v. 10. I. 24 die Erhebung der Maischbottichst. betr.), VIII 390 u. 414 (pr. Gebäudest.G. v. 21. V. 61, bayer. Hausst.G. v. $\frac{15. \text{ VIII. } 28}{19. \text{ V. } 81.}$, XIV 145 (T.St.G.). XXI 259 (Brtw.St.G. v. 1868), XXX 363 (§ 57 Brtw.St.G. v. 1868).

Die persönliche Gewalt und die sachliche Zusammengehörigkeit spielen aber hier eng ineinander. Letztere ermöglicht die Handhabung der Ersteren. Und wo die Zugehörigkeit zur Hausgenossenschaft (die ursprüngliche Vermögenseinheit) fehlt, wird sie durch die Zugehörigkeit zum Betriebe ersetzt, dessen Inhaber ist der Verantwortliche. In der Folge tritt dann das Moment der persönlichen Autorität immer stärker hervor und reisst schliesslich die Herrschaft an sich, aber immer noch bleibt der Haftung eine objektive, soweit sie bloss durch jenes Verhältnis begründet wird.

II. Das geltende positive Recht bestätigt diese Ausführungen.

1. Wir haben im bayer. Forstrecht

a) Die Haftung des Familienhauptes für Familienangehörige einschliesslich des Gesindes[1]) und zwar ist dem persönlichen Autoritätsverhältnis das rein objektive Moment der Hausgemeinschaft beigefügt (Z. 1—4 des art. 69 F.G.),

b) entscheidet die Stellung als Lehrmeister, Prinzipal im Gewerbebetrieb, Dienstherr für Hirten (Z. 5 und 7),

c) schlechthin ein einzelnes Auftragsverhältnis mit der Beschränkung, dass in oder bei Vollzug des Auftrags das Delikt geschah (Z. 6),

d) tritt zu dem bisherigen noch die Eigenschaft des Waldbesitzers hinzu (art. 70).

2. Während das bayer. Recht in Anlehnung an den code civil dergestalt spezialisiert, auf ein bestimmt umschriebenes „zivilrechtliches" Verhältnis basiert, hat das preuss. Recht die deutsche Rechtsidee reiner erhalten, die beiden Bestandteile der Gemeinschaft, der sachliche und der persönliche, sind hier deutlich sichtbar.

Es werden nämlich zwei generelle Erfordernisse aufgestellt:

a) Der Thäter muss unter der Gewalt, der Aufsicht oder im Dienste des Haftbaren stehen,

b) immer auch zu dessen Hausgenossenschaft gehören,

und dabei tritt bezeichnend die Idee hervor, dass dem Gewalthaber, in dessen Haus die Objekte des Delikts gebracht werden, auch die Vorteile desselben zukommen[2]).

Charakteristisch gegenüber dem bayer. Forstrecht ist das freilich vollkommen in der Komplizitätstheorie befangene Urteil des preuss. Obertribunals v. 19. II. 63[3]), wonach die Haftbarkeit Dritter nicht auf gewisse positiv aus dem Gesetze fliessende Rubriken der Gewalt oder Aufsicht beschränkt werden dürfe, sondern überall eintreten müsse, wo thatsächlich ein Hausgenosse des Diebes über ihn eine aus natürlichen Verhältnissen, Herkommen oder Übereinkommen entstandene Aufsicht von der Art führe, dass ihm jene Präsumtion der Teilnahme am Diebstahl oder dessen Vorteilen oder einer Mitwissenschaft darum entgegenstehe und sei sonach nicht zu unterscheiden, ob die noch im Hausstande des Familienhauptes lebenden Kinder minder- oder grossjährig seien[4]).

1) Bezüglich der bayer. Haftungskategorien im Einzelnen verweise ich auf die Entstehungsgeschichte, oben S. 34, 35.

2) Art. 122 bayer. P.St.G.B. ist hierher zu subsumieren.

3) O.T.E. III 298, G.A. XI 348.

4) Ebenso O.T.E. v. 6. X. 63, G.A. II 198.

Hierher zu vergleichen ist auch bez. des § 52 preuss. Fischereigesetzes E. d. Kammergerichts v. 11. V. 91[1]): Der Herr sei unbedingt subsidiarisch haftbar, ohne dass vom Gesetze zwischen einem längeren oder kürzeren, ständigen oder unständigen Arbeitsverhältnisse unterschieden werde, und beruhe die gesetzliche Gleichstellung auf den durch den Dienstvertrag begründeten, gleichartigen Abhängigkeitsverhältnissen.

3. Besonders markant aber sind diese Verhältnisse im fiskalischen Recht umschrieben, wo der Unternehmer, auch bloss der Betriebsinhaber (egal, wie dessen Persönlichkeit beschaffen sein möge, eventuell eine juristische Person), der zugleich der eigentliche Gefällsschuldner ist, für alle Personen haftet, die zu seinem Betriebe gehören, in ihm beschäftigt sind, sowie für diejenigen zu seinem Hauswesen gehörigen Personen, welche gelegentlich von Betriebsverrichtungen oder zollpflichtigen Akten delinquieren.

4. § 361, 9 St.G.B. hat dieselben Verhältnisse wie die preuss. Gesetze zur Grundlage.

III. Endlich sei noch darauf aufmerksam gemacht, dass gerade auf dem Haftungsgebiet, wie Oetker für das hessische Recht nachweist, die Haftung der Gemeindegenossenschaft für Delikte ihrer Angehörigen bezw. für in ihrem Territorium begangene Delikte als Zeugnis des deutschrechtlichen Ursprungs häufig auftritt, heute bei uns allerdings nur mehr als zivile Haftung mit Regressmöglichkeit gegen den Thäter. Vergl. z. B. § 12 bayer. Grundsteuerges. v. $\frac{3.\ VIII.\ 28}{19.\ V.\ 81}$ und das bayer. Ges. über die Verpflichtung zum Ersatz des bei Aufläufen verursachten Schadens v. 12. III. 50[2]).

§ 18.

Verschulden und Kausalität des Haftbaren.

Wurde im Vorhergehenden das objektive Fundament der Haftung betrachtet, so ist jetzt auf das subjektive spezifisch kriminelle Substrat das Augenmerk zu richten.

Dabei will noch nicht festgestellt werden, ob die Verschuldung ein Thatbestandsmerkmal oder lediglich ein legislatives Motiv darstellt, welches für die Auferlegung und Umschreibung der objektiv bestimmten Haftung massgebend war.

Diese Untersuchung, der Zusammenhalt der objektiven und subjektiven Momente bleibt vielmehr dem folgenden § überlassen.

Überall tritt neben dem Haftbaren ein zu ihm in einem bestimmten rechtlichen und thatsächlichen Abhängigkeitsverhältnisse stehender Thäter auf. Seine That aber ist ein Verbrechen, zum mindesten eine objektiv

---

[1]) Jahrb. XI 287.

[2]) Nach einigen neuesten Gesetzen nordamerikanischer Südstaaten, so von Süd-Karolina muss derjenige Bezirk, wo eine Lynchhinrichtung stattfand, der Familie des Getöteten eine Entschädigung von mindestens 2000 Dollar bezahlen.

strafbare Handlung. Für diese That wird nun der Haftbare auf Grund jenes Verhältnisses erfahrungsmässig mehr oder minder kausal.

I. a) Schon das bayer. Forstrecht zu art. 69 fühlt das durch, indem es dem aus dem zivilrechtlichen Verhältnis Verantwortlichen die Möglichkeit einer Befreiung durch den Beweis nachlässt, dass er nicht imstande war, den Frevel zu verhindern, und zwar bezieht sich diese Pflicht auf eine allgemeine Aufsicht, während die wissentliche Duldung des konkreten Delikt, das Vorwissen, als (negative) Beihilfe erscheint. (Fall des art. 70.)

Ist jene Pflichtverletzung Thatbestandsmerkmal, so bedarf die kriminelle Natur dieser Haftung keiner weiteren Begründung, ist aber die Verschuldung nur legislatives Motiv, so muss die strafrechtliche Konstruktion auf anderem Wege erreicht werden.

Auf jeden Fall aber zeigt sich, dass es nicht eine blosse Haftung für fremde culpa ist, sondern die eigene (und zwar kriminelle) Schuld auch bei der thatbestandlich von ihr abstrahierenden objektiven Haftung im Hintergrunde steht.

b) Ein ganz anderer Gesichtspunkt waltet vor in art. 122 P.St.G.B., wo neben das im vorigen § behandelte Verhältnis der äussere Umstand des faktischen Vorteils tritt. Die tragende Idee ist, dass, wenn thatsächlich der Vorteil der Herrschaft zukommt, in der Regel auch der Auftrag von ihr ausgegangen sein wird. Daher erscheint der bayer. Auffassung dieser Fall (ähnlich wie der des art. 70 F.G.) als eine „strafrechtliche Mitverhaftung“ im Gegensatz zur Zivilverantwortlichkeit[1]).

II. In der preuss. Doktrin und Praxis ist das Schlagwort die „Präsumtion einer gewissen Komplizität“.

Es sei hier an das O.T.E. v. 19. II. 63 erinnert, welches die Komplizität im weitesten Sinne „an denjenigen Entwendungen an Holz und anderen Waldprodukten, welche sie geschehen lassen, obgleich sie dieselben hätten verhindern können“, behauptet, und als Vertreter der Doktrin möge Günther genannt werden: „Es werden diese Entwendungen naturgemäss und in der Regel für den Nutzen der Hausgenossenschaft, mithin vorzugsweise für ihren eigenen vorgenommen“ und „kann daher angenommen werden, der Hausherr habe die That stillschweigend und gerne geduldet, wenn er nicht gar die im Gehorsamsverhältnis zu ihm stehenden Personen direkt oder indirekt dazu ermuntert hat“.

Im Gegensatz zum bayer. Forstrecht erscheint also zum mindesten ein eigensüchtiges Dulden, dem dolus wesentlich ist.

Im Gesetze sind die beiden Möglichkeiten des Mitwissens und des Nichthinderns verbunden.

III. Ähnlich ist für die subsidiarischen Vertretungsverbindlichkeit der einen Gruppe des fiskalischen Rechts der Gedanke der Mitschuld am Delikt des zu Vertretenden in Betracht zu ziehen. Vergl. E. d. III. Strafsen. d. R.G. v. 29. I. 91[2]) zu § 153 V.Z.G.:

---

1) Staudinger, P.St.G.B. zu art. 122. 1900 bei Beck.
2) E XXI 332.

„Deshalb beseitigen die in Ziff. 1 und 3 genannten Personen die Haftpflicht durch den Nachweis, von der Handlung nichts gewusst zu haben, abgesehen von den Zollgefällen, da angenommen werden muss, dass diese durch die übertragenen Geschäfte veranlasst waren", während die Haftung für die Strafe „auf der Annahme vorsätzlicher oder fahrlässiger Mitschuld" beruhe.

Ausser dem reinen Delikt des Nichtabhaltens findet sich noch eine dritte scheinbar eigene Art der Verschuldung nur im Steuerstrafrecht, nämlich die bereits bekannte Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes in eligendo (und custodiendo).

Den Angriff Stengleins gegen die strafrechtliche Natur dieser Haftung habe ich oben bereits zurückgewiesen, nichts steht im Wege, diese Verschuldung als eine kriminelle anzusehen.

Die preussische Praxis [1]) hat denn auch das alte Branntweinsteuergesetz als Strafgesetz erklärt und die Strafbarkeit des vertretungspflichtigen Unternehmers aus der Vernachlässigung der Pflichten desselben bei Auswahl und Beaufsichtigung der Untergebenen erklärt.

Gerade für das fiskal. Recht aber ist der Gedanke nicht abzuweisen, dass meist zugleich eine geflissentliche Entziehung der Abgaben seitens des Unternehmers, der sie ja selbst entrichten muss, coincidiert [2]).

So würde hier überall eine eigene Normübertretung, ein Delikt, vorliegen, welches, was die vom Falle der Thäterschaft scharf zu scheidende Haftung des Nichtthäters anlangt, „in dem Nichtgeltendmachen der Autorität und Aufsicht beruht, zu welcher der Vertretungsverbindliche in dem ihm untergebenen Gebiete kraft seiner Stellung als Aufsichtsperson dem Staate verpflichtet ist [3])."

Allein abgesehen davon, dass schon die Trennung von Thäterschuld und Garantenschuld nicht durchgeführt ist, läuft hier eine Verwechselung vom legislativen Motiv und Thatbestandsmerkmal vielfach unter.

Wir müssen deshalb, ohne den Gedanken an ein eigenes Delikt des Haftbaren aus den Augen zu verlieren, nach einem allg. Prinzip suchen, das beide Gruppen umfasst, sowohl die Anknüpfung der Haftung an einen objektiven Thatbestand, als auch an ein in der Mitte liegendes Delikt des Haftbaren.

Beiden Gesichtspunkten wird Rechnung getragen in Oetkers Garantietheorie, welche das Haftungsprinzip erkannt und die Haftung als generelles Rechtsinstitut erwiesen hat, das sowohl im Zivilrecht als im Strafrecht auftritt.

§ 19.

Begründung der Haftung aus dem Garantiegedanken.

Der Grundgedanke der hiermit acceptierten Theorie, deren Bekanntschaft wir oben bereits gemacht haben, ist der: Der Haftbare soll das

1) O.T. v. 7. u. 14. IV., 16. VI. 69, O.R. X 200, 222; G.A. XXII 526, 651.
2) Vergl. R.G. v. 20. XI. 82, E VII 240.
3) Haimann a. a. O. S. 34.

Unterbleiben der Missethat und wenn nicht dies, so wenigstens die Leistung der Strafe für die begangene Missethat garantieren.

Dieser Gesichtspunkt ist um so plausibler, erwägt man, dass einerseits überall ein Autoritätsverhältnis vorliegt, vermöge dessen der Garant das Delikt leicht verhindern, aber auch leicht veranlassen kann, dass ferner, ist die That einmal begangen, von dem hier in Frage kommenden Thäter meist nichts zu holen bezw. derselbe überhaupt gar nicht greifbar und strafrechtlich verfolgbar ist, sohin der Staat, seines Anspruches verlustig gehend, machtlos dem dadurch enorm potenzierten Anwachsen der Delikte zusehen müsste.

I. Oetker geht aus von der Gegenüberstellung zweier die Haftung eines Dritten statuierender Bestimmungen:

a) des § 361, 9 St.G.B., welcher in der That alle Requisite eines gewöhnlichen Unterlassungsdeliktes, begangen durch nachgewiesenermassen schuldhafte Verletzung der besonderen Hinderungspflicht aufweist, ohne dass dabei die Verantwortlichmachung von der Bestrafung des Dritten abhängig ist und

b) des § 13 preuss. Ges. betr. die Rheinschiffartsgerichte v. 8 III. 79 folgenden Wortlauts:

Der Schiffsherr haftet wegen der Beschädigungen, welche von Personen der Schiffsbesatzung während der Fahrt oder beim Anlanden in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen verursacht worden sind, sowie für Geldstrafen und Kosten, welche jenen Personen wegen Zuwiderhandlungen gegen die strompolizeilichen Vorschriften auferlegt werden.

Im Falle b) könne die Haftung weder auf präsumtive Mitthäterschaft, noch auf präsumtive culpa in eligendo, noch auf unterlassene Verhinderung zurückgeführt werden, wie dann des Näheren nachgewiesen wird [1]). Der Gesetzgeber denkt hier gar nicht daran, die Schuld zum Thatbestandsmerkmal zu machen, die Haftung von ihr aus zu konstruieren [2]).

Zwischen diesen beiden Extremen liegt dann die Masse der sonstigen Haftungen.

Aus dem Gegensatz aber konstruiert Oetker den Unterschied von formeller und materieller Garantie.

Bei letzterer ist dem Haftbaren eine selbständige Rechtspflicht der Aufsicht und Hinderung auferlegt, die derselbe schuldhaft verletzt, es ist ein den allg. Regeln des Strafrechts unterliegendes (Unterlassungs-) Delikt.

Die formale Garantie dagegen ist „nicht die Rechtsfolge einer Rechtspflichtverletzung, sondern positive Anordnung knüpft kriminelle Verantwortlichkeit des Garanten an eine juristisch nicht qualifizierbare Unthätigkeit desselben an.“

---

1) Oetker, a. a. O. S. 88, 89.

2) Falsch Leverkühns Interpretation dieser Gesetzesstelle a. a. O. S. 303: „Es ist nicht zweifelhaft, dass auch hier die Haftung auf der Präsumtion einer gewissen Komplizität am Delikt der ihnen unterstellten Personen beruht, also auf der Präsumtion einer Schuld. Dass dieselbe hier nicht als pr. iur., sondern als pr. i. et d. i. auftritt, ändert an ihrer materiellen Bedeutung nichts (?), vielmehr bleibt der Satz bestehen, dass die Strafe Folge eines Verschuldens sein soll, was sie in den meisten Fällen auch sein wird.“

Dort haben wir einen Imperativ, der den Haftbaren zur Verhinderung der in einem anderen Imperativ verbotenen That direkt verpflichtet. Die Norm lautet: A soll verhindern, dass B delinquiert. Er wird bestraft, wenn er schuldhaft d. h. obwohl Hinderung möglich war, nicht verhindert hat. Darüber hinaus geht die Hinderungspflicht nicht. Impossibilium nulla obligatio.

Hier dagegen haben wir nur den zweiten jener Imperative, und die in der Verhaftung implicite liegende Norm gegenüber dem Haftbaren richtet sich nicht an sein Pflichtbewusstsein, sondern an seinen Egoismus, sie erregt mit der angeschlossenen Rechtsfolge Handlungsmotive in ihm, indem sie ihn am Unterbleiben des Deliktes interessiert, veranlasst ihn durch die Aussicht auf das Eintreten der Haftung zu einem entsprechenden Handeln und erreicht derart indirekt dasselbe, die Hinderung des Delikts, wie die direkt verpflichtende Norm.

Die Norm hier lautet: Wenn B delinquiert, wird A bestraft. Somit wird auch nicht implicite die Verhinderung geboten und daher die Haftung nicht durch die Pflichtverletzung bedingt.

Dabei ist die Haftung für Strafe bloss die Folge der Haftung für das Delikt. In manchen Fällen handelt es sich aber auch nur um erstere, nachdem das Delikt begangen ist. Deliktshaftung liegt vor, „wo immer die Haftung in erkennbaren Zusammenhang gesetzt ist zu der Nichthinderung des Delikts, auch wenn eine Hinderungsnorm sich nicht konstruieren lässt".

Genau parallel geht die zivile Schadensersatzhaftung als Haftung für das Delikt und folgeweise auch für den Ersatz oder als blosse Ersatzhaftung.

Daraus ergibt sich schon, dass die Garantie nicht speziell dem Strafrecht angehört. Wohl aber, soweit sie die Strafe oder die Strafdrohung betrifft. Was die materielle Haftung anlangt, so ist deren Charakter bereits durch die Ausführungen des vorigen § gedeckt. Bei der formellen Gewährschaft dagegen kommt das Erfordernis eigener Rechtspflichtverletzung begrifflich in Wegfall. Fehlt es somit thatbestandlich an dem regelmässigen Grund der Bestrafung, einer Schuld, so muss der Zweck für die Bestimmung der rechtlichen Natur durchschlagen.

Die Androhung der Haftung bezweckt, wie gesagt, den Garanten am Unterbleiben des Delikts persönlich zu interessieren, deren Vollzug aber einmal, „dem gegenwärtigen und allen möglichen Garanten durch die That zu beweisen, dass sie ein wirkliches Interesse haben, dass jene Drohung keine leere sei," sodann dem Staate Befriedigung seines prekären Strafanspruchs zu sichern. Dies geschieht dadurch, dass ein Dritter persönlich zur Strafe gezogen und so dieselbe Wirkung erzielt wird, als ob der andere, thatsächlich unerfüllt bleibende Strafanspruch wirklich erfüllt worden wäre.

Es siegt auf dem Gebiete der formellen Haftung die relative Strafrechtstheorie, wonach das Delikt nur Voraussetzung, nicht Grund der Strafe, vielmehr nur ein Symptom für das Vorhandensein eines ausser ihr liegenden Strafgrundes, und die Strafe nicht Vergeltung des Unrechts, sondern nur das Mittel zur Beseitigung jenes Strafgrundes

ist. In diesem Sinne kann auch Strafe an das Delikt eines Dritten geknüpft werden.

Aus diesem kriminellen Zweck heraus ist auch die formelle Haftung Strafe, poena sine crimine, im Gegensatz zu der aus demselben Delikt des Dritten geborenen Haftung für Ersatz.

Ergibt demnach die materielle und die formelle Haftung juristisch eine ganz verschiedene Konstruktion, so ordnen sich beide durch ihre gemeinsamen Zwecke dem einen Garantiegedanken unter.

Aber noch mehr. Auch für die formelle Garantie wirkt als legislatives Motiv die eigene Verschuldung neben und aus den obigen Zwecken mit. Auch der formelle Garant haftet wegen Nichthinderung, allerdings nur wegen des objektiven Faktums des fremden Delikts, aber er kann und wird in der Regel in Schuld sein, nur muss er es nicht. Das ergibt sich aus dem gemeinsam das ganze Haftungsgebäude tragenden spezifischen Garantenverhältnis, das die Verantwortlichkeit mit Rücksicht auf jene Momente umschreibt, welche es innerlich erlauben, den Dritten haftbar zu machen, welche also der Garantie auch einen Rechtsgrund liefern.

Kraft dieses Machtverhältnisses kann sich der Staat für innerhalb des speziellen Machtbereiches vorgekommene Delikte an jenen halten, ohne dass es einer weiteren Begründung bedarf, und jener kann sich seinerseits eventuell wieder gegenüber dem eigentlichen Delinquenten schadlos machen.

II. Formuliert man nun die den Strafanspruch gegen den Garanten begründenden Thatsachen präcise, so ergibt sich:

Für die materielle Garantie sind es die gewöhnlichen Deliktsrequisite, das Garantenverhältnis ist bloss das Substrat für die Auferlegung der Rechtspflicht. Bei der formellen Haftung aber wird der Garant „ad exemplum eines Delinquenten verantwortlich gemacht und sind daher auch die haftungsbegründenden Thatsachen nach strafrechtlicher Analogie zu bestimmen[1])".

Dem objektiven Thatbestand des Delikts entspricht hier ein fremdes Delikt, für welches gehaftet wird und ferner das die Verbindung zwischen dem Garanten und dieser That herstellenden spezif. Garantenverhältnis.

Die haftungsbegründenden Thatsachen sind hiernach[2]):

1. Die Existenz eines der Haftungsnorm entsprechenden fremden Delikts, wobei auch hinsichtlich des letzteren zuweilen der objektive Thatbestand genügt, meist aber auch Schuld des Thäters erfordert wird.

2. Die Existenz des in der Haftungsnorm bezeichneten, die Haftung begründenden Verhältnisses[3]).

Ob nun noch 3. ein subjektives Moment beim formellen Garanten zu fordern ist, insbes. in der Richtung auf die Zurechnungs-

---

1) Oetker, Red. S. 87.

2) Oetker, Red. S. 87 u. 110.

3) Als solches führt Oetker ausser den für uns in Betracht kommenden Fällen der väterlichen, vormundschaftlichen und dienstherrlichen Gewalt noch die Beamteneigenschaft, militärisches Vorgesetztenverhältnis, Gemeindegenossenschaftsverband, Redakteursqualität (?) an.

fähigkeit, darauf kann hier noch keine allg. Antwort erteilt werden; soviel steht fest, dass er nie in concreto in Schuld sein muss.

Anders verhält es sich bei einer Mittelgruppe, welche zwischen der reinen Garantie und der materiellen Haftung, aus ersterer entwickelt, steht, und obwohl noch an sich dorthin gehörig, doch dem Schuldmoment in besonderer Weise Relevanz eingeräumt hat.

Diese Gruppe stellt die Hauptmasse der heutigen Haftungen dar. Es entsprach ihre Bildung dem Wunsche, bei Aufrechterhaltung der als zweckmässig bewährten Haftungsgrundlagen auch der persönlichen Schuld insoferne Rechnung zu tragen, als man dem Garanten die Möglichkeit eröffnete, ausnahmsweise im Einzelfall seine Unschuld[1]) vorzubringen und sich so von der Haftung zu befreien.

Es ist dies die formelle Garantenhaftung bei möglicher Schuld mit dem Haftausschliessungsgrunde der Schuldlosigkeit.

Nur bei materieller Garantie besteht zwischen Strafe und Schuld ein ursächlicher Zusammenhang. Auch wenn die Schuld präsumiert wird, bleibt dieser Nexus.

Aber, und das ist das Entscheidende, auf unserem Gebiete ist zufolge der historischen Entwickelung a priori eine Schuldpräsumtion nicht anzunehmen, wenn eine Möglichkeit des Unschuldsbeweises besteht; vielmehr ist umgekehrt festzuhalten, dass der alte haftungsbegründende Thatbestand zunächst intakt bleibt und die konkrete Schuldlosigkeit nur einen Wegfall der begründenden Haftung ex post gewährt.

Immerhin ist die Grenze zur Präsumtion hinüber eine schmale. Aber der ursprüngliche Haftungsgedanke und das Prinzip der individuellen Verschuldung sind eben an sich heterogene Dinge.

Wäre überall für die Haftung Schuld wesentlich, wäre sie nichts als ein gewöhnliches Delikt, dann wäre viel befremdender die enge Verbindung, die sie in den Gesetzen mit der Thäterhaftung eingeht, während das umgekehrte dem formalen Charakter derselben, die sich eng an das Delikt des Dritten anschmiegt, wohl entspricht. Die materielle Haftung aber als delictum sui generis tritt an sich allein auf, z. B. im § 361, 9. Allerdings gibt es auch eine solche subsidiäre Haftung, mit Nachweis der Schuld, das ist aber eine besondere, spät entwickelte Form, die auch einer Präsumtion sich nicht bedient.

Die Unrichtigkeit der Präsumtionstheorie zeigt sich namentlich im Zusammenhalt mit der Entwickelungsgeschichte an der Behauptung einer praes. iuris et de iure bei der ursprünglich herrschenden formalen Haftung, welche „unwiderlegbare Vermutung“ dann später in eine praes. iuris abgemildert worden sei, ohne dass dadurch an den materiellen Grundlagen der Haftung etwas geändert wäre. Gerade diese von der Schuldtheorie gemachte Verbindung beweist das Vorliegen des Garantieprinzips. Denn die pr. i. e. d. i. der Schuld ist nicht, wie die praes. iur. eine rein prozessuale Beweisregel, sondern sie ist ein materieller Rechtssatz in prozessualem Gewand[2]), der eben gerade sagt,

[1]) d. h. die Unmöglichkeit der Hinderung.
[2]) Oetker, Red. S. 93.

das Schuld thatbestandlich nicht erforderlich ist. M. E. gibt es überhaupt für die Verschuldung keine pr. i. e. d. i., es ist dies eine Selbsttäuschung des kriminalistischen Gewissens. Es ist doppelt falsch, diese „Vermutung“ mit der Vermutung, gegen welche Gegenbeweis zugelassen ist, begrifflich gleichzustellen, und dann das ganze Haftungsinstitut auf der Grundlage der Schuld zu konstruieren. Und wie vollends, wenn auch die juristischen Personen dieser pr. i. e. d. i. unterworfen werden!

Aber auch, was die praes. iuris anlangt, so ist diese dem Strafrecht und Strafprozess im Gegensatz zum Zivilprozess regelmässig fremd und seinem Wesen widersprechend. Der Zivilprozess hat Privatrechte zum Gegenstand, er unterliegt daher dem Dispositionsprinzip und bezweckt die Herstellung formaler Wahrheit. Der Strafprozess dagegen, welcher den staatlichen Strafanspruch betrifft, steht unter der Offizialmaxime und bezielt die Erforschung materieller Wahrheit. Daher gibt es hier grundsätzlich keine Beweislast und keine Beweisregel, sondern, wo Schuld zum Thatbestand erforderlich ist, da muss sie wie alle Voraussetzungen der Bestrafung dem Angeklagten nachgewiesen werden und dieser Nachweis untersteht der freien richterl. Beweiswürdigung (§ 260 St.P.O.).

Das gilt gegen jede Schuldvermutung, mag sie durch streng einseitigen Beweis oder durch sonstige Feststellungen erst zu entkräften sein. Es müssten ganz spezielle Gründe sein, um eine Abweichung von dieser Regel zu bewirken, und alsdann normiert der Gesetzestext meist selbst ausdrücklich die Vermutung.

Man könnte nun einwenden, solche Gründe liegen hier vor, aber dagegen ist zu sagen, dass eben die durch dieses bedenkliche Auskunftmittel zu erreichenden Zwecke bereits auf viel einfacherem Wege erreicht werden.

Die haftungsbegründenden Thatsachen bringen den Anspruch gegen den Garanten zur Entstehung, aber wie im allg. Strafrecht Strafausschliessungsgründe, so gibt es gegenüber der formellen Garantie Haftausschliessungsgründe, welche die Wirkung der haftbegründenden Thatsachen ausschliessen.

Dieser Unterschied zur präsumierten Schuld ist für die Interpretation unserer Gesetze scharf im Auge zu behalten, wobei indessen nicht unterlassen werden soll, auch den Präsumtionsstandpunkt im einzelnen auf seine Berechtigung zu prüfen.

Oetker warnt vor zwei Verwechselungen[1]).

1. Es werde in Verkennung der formellen Garantie in den haftungsbegründenden Thatbestand häufig eine Schuld aufgenommen, die dann präsumiert werden solle.

2 Der Beweis von Haftausschliessungsgründen werde als Gegenbeweis gegen die angebliche Schuldpräsumtion aufgefasst, obwohl bei näherem Zusehen sich in der Regel Inkongruenz des „Gegenbeweis“-themas mit der vermeintlich präsumierten Thatsache ergebe[2]).

---

1) Red. S. 97, 98.

2) Auch in ziviler Beziehung tritt dieser Irrtum auf. Vergl. Motive zu § 729 ff. B.G.B. (II 805), wogegen sich Unger, Dogm. Jahrb. XXX 232 treffend wendet.

So erweist sich die Berechtigung der Gegenüberstellung, von der wir ausgingen, und die Auseinanderhaltung von legislativem Motiv und Präsumtion hinsichtlich der Schuld, die in beiden Beziehungen die gleiche ist.

In dieser Verbindung von formeller und materieller Garantie ergibt sich die Konstruktion des Haftungsgebäudes, wobei entwickelungsgeschichtlich die allmähliche Abschwächung des Haftungsprinzips und steigende Annäherung zum Delikt zu konstatieren ist:

Das Fundament ist das Garantenverhältnis, das I. Stockwerk behauptet die formelle Garantie, das II. die Haftung mit Haftausschliessungsgrund, das III. die materielle Garantie in Verbindung mit Thäterhaftung, wobei vereinzelt noch Präsumtionen auftreten, im übrigen die Schuld besonders gestaltet ist (culpa in eligendo u. dergl.), das Kuppelgewölbe endlich bildet ein selbständiges delictum sui generis (§ 361, 9). In den ersten beiden Fällen haben wir recht eigentlich Verantwortlichkeit für fremde Handlungen, in den letzten beiden solche für eigene That.

III. Bisher wurde die Garantie als solche betrachtet. Nun tritt aber diese, eben darum, weil Schuld zum Thatbestande nicht wesentlich ist, öfters in eine eigenartige Verbindung mit der Thäterschaft des Prinzipaldeliktes zur Thäter-Garantenschaft.

„Man will für den deliktischen Vorgang ein haftendes Subjekt ohne alle Weitläufigkeit und meist auch unter allen Umständen haben[1])." Zu diesem Zwecke wird die Strafdrohung an eine Person gerichtet, die leicht der Thäter sein kann, eventuell aber nur garantiert. Er wird „nicht speziell als Thäter, nicht speziell als Garant, sondern als das eine oder andere bestraft", nachdem beide gleich strafwürdig erscheinen. Die Alternative löst sich aber im Haftausschliessungsgrund, und es hat ferner der Bestrafte gegen den später von ihm ermittelten wahren Thäter das Rückgriffsrecht.

So ergibt sich schon jetzt eine Richtungslinie für die Interpretation des preuss. Rechts mit seinen beiden Alternativen und für die Beurteilung der Komplizitätsauffassung. Für das bayer. Recht aber zeigt sich, dass die vielverkannte „Zivilverantwortlichkeit" identisch ist mit Garantie im eigentl. Sinn.

Das fiskalische Recht endlich weist die ganze Stufenleiter der Haftungen auf.

Auf der Grundlage der bisher gewonnenen Resultate — die Konstruktion der Haftung hinsichtlich der zivilen Deliktsfolge ist damit eo ipso geliefert — sind nunmehr die einzelnen zur Untersuchung stehenden Gesetzesbestimmungen genau zu würdigen, um mit der Behandlung der weiter damit in Zusammenhang stehenden Fragen zu schliesen.

---

[1]) Oetker, Haftung Dritter S. 155.

II. Hauptstück.

Die Haftungsverhältnisse im näheren und die Konsequenzen des Haftungsprinzips.

V. Kapitel.

Juristische Konstruktion der Haftungen des geltenden Rechts im einzelnen.

§ 20.

Vorbemerkung: Das äussere und das innere Verhältnis bei der Haftung.

Bei der Haftung Dritter sind zwei Seiten scharf zu unterscheiden:

1. Die innere Grundlage der Haftungsstrafe, sei es eine eigene Rechtspflichtverletzung des Garanten oder seien es die haftungsbegründenden Thatsachen der formellen Garantie.

2. Das äussere Verhältnis der Bestrafung des Garanten zur That und Bestrafung des Thäters.

Begriffswesentlich liegt stets eine von einem andern vollbrachte rechtswidrige That vor, das Charakteristikum der Haftung ist eben dieser Zusammenhang mit der fremden That, für die bezw. für deren Folgen einzustehen ist.

I. Die Rechtswidrigkeit der fremden That aber ist in manchen Fällen eine objektiv-subjektive, in manchen Fällen nur eine objektive. Dort liegt eine strafbare That vor, hier hat der Thäter überhaupt kein Unrecht im strafrechtlichen Sinne begangen, daher keine Strafe verwirkt.

Es wird hier bloss der objektive Thatbestand eines Delikts garantiert, indem die kriminelle Handlungsfähigkeit dem Thäter abgeht.

Die Unzurechnungsfähigkeit kann hinwiederum eine absolute oder eine relative, nur im konkreten Fall gegeben sein.

a) Zu ersterer Kategorie gehört vornehmlich die Jugend. Das Kind bis zum vollendeten 12. Lebensjahre ist nach dem St.G.B. deliktsunfähig, strafunmündig, strafprozessunfähig[1]), von da bis zum vollendeten 18. Lebensjahre beschränkt kriminell handlungsfähig[2]).

Nun hat man es aber gerade in unserer Materie vorwiegend mit Jugendlichen zu thun, und ein Hauptgrund der Haftbarmachung war ja das Überhandnehmen der straflosen Delikte.

---

1) St.G.B. § 55.

2) St.G B. § 56, 57. Vergl. auch die entsprechenden Bestimmungen des B.G.B.

Das preuss. Recht hat daraus die richtigen Konsequenzen gezogen, nicht so das bayerische, dem die Haftung eben als eine zivile für fremde culpa erscheint. Dieser Gegensatz beider Gesetzgebungen ist für die Untersuchung äusserst wichtig.

b) Es reihen sich an die Fälle, wo die freie Willensbestimmung des Thäters, sei es generell, sei es im Augenblick der That ausgeschlossen ist, die Geisteskrankheit, Bewusstlosigkeit, der Zwang durch vis absoluta oder gefährliche Drohung. §§ 51, 52 St.P.O.

So ergibt sich der Unterschied zwischen der Haftung für verwirkte Strafe und für einen Thatbestand nur in gleicher Höhe als ob der Thäter strafbar wäre, zwischen der mittelbaren und der unmittelbaren Haftung.

Beide sind bedingt, d. h. an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, unter denen die Strafe des Thäters wegfällt[1]). Hier ist die Bedingung die mangelnde kriminelle Verantwortlichkeit des Thäters, der Staat hält sich an den Garanten. Dort ist die Bedingung die Insolvenz des Thäters. Dies ist die subsidiäre Haftung, welche das fiskal. Recht allein kennt.

Infolge der Substituierbarkeit der Freiheitsstrafe ist weiter zu unterscheiden:

a) Es wird überhaupt gegen den Thäter nicht verwandelt.

b) Es wird verwandelt, aber erst nach festgestellter Insolvenz des Garanten.

c) Die Haftpflicht tritt erst ein, wenn auch die substituierte Freiheitsstrafe gegen den Thäter nicht vollstreckt werden konnte.

Dieser Fall ist für uns nicht praktisch, wohl aber

d) der Richter oder eine anderweite fiskalische Behörde hat die Wahl, ob sie den Garanten fassen oder gleich die Freiheitsstrafe gegen den Thäter vollstrecken will.

Auch diese Haftung ist noch eine subsidiäre[2]).

II. Anders dagegen die streng solidarische Haftung. Alsdann ist die Haftung nicht von der Insolvenz des Thäters abhängig, sondern eine unbedingte, ebenso wie die kumulative, nur dass im Gegensatz zu dieser dort ausschliesslich einer der Beiden bestraft wird.

Im bisherigen stehen aber überall Garanten- und Thäterhaftung mit einander in Verbindung.

III. Es gibt jedoch Fälle, wo der Staat sich um den Thäter überhaupt nicht kümmert, sondern sich, natürlich erst recht unbedingt, ausschliesslich an den Garanten hält.

Es ist die alleinige Haftung im Gegensatz zur unmittelbaren. Bei dieser wird die in abstracto vorhandene Strafbarkeit der That durch einen Schuldausschliessungsgrund in concreto beseitigt, und diese Unverantwortlichkeit des Thäters ist die Voraussetzung der Haftung.

---

1) Vergl. hierzu Oetker, Haftung S. 114.

2) Vergl. auch den Typus der fakultativen Haftung statt Aufstellung eines gesetzlichen Haftausschliessungsgrundes als Beweis für die formale Haftung, wenn der Richter nach den Umständen des Falles die Haftung entfallen lassen kann z. B. 1. Entw. z. bayer. P.St.G.B. v. 1861.

Bei jener aber wird nur der Garant gestraft, während die Strafbarkeit der That in abstracto fehlt oder zwar besteht, aber nicht zur Bestrafung führt.

IV. Endlich ist für unsere Zwecke noch der Typus der Garantenhaftung ohne Rücksicht auf die Thäterhaftung zu erwähnen, wobei der Thäter allerdings für sich bestraft werden kann. Vgl. § 361, 9 St.G.B.

Dies die äussere Gestaltung. Es wäre ein schwerer Fehler, die Haftung lediglich in der Form der subsidiären Haftung zu betrachten, die freilich, der Natur der Sache entsprechend, die Hauptmasse bildet.

Zum Verständnis des inneren Verhältnisses sind diese äusseren Unterschiede sehr wichtig, weshalb dieser Überblick voranzustellen war. Aber es hängen die beiden Seiten so enge zusammen, dass im folgenden das äussere Verhältnis nicht vollkommen vom inneren getrennt behandelt werden kann.

Vor allem lehrreich für die Auffassung der Haftung ist die Bildung der unmittelbaren Haftung im preuss. Recht, dessen Untersuchung an erster Stelle aus diesem Grunde und weil es überhaupt präcisere Anhaltspunkte gibt als das bayer. Recht, angezeigt erscheint.

§ 21.

Die unmittelbare und die mittelbare Haftung der beiden preussischen Gesetze.

Wie aus dem I. und III. Kapitel noch erinnerlich, ist der Thatbestand der beiden zur Interpretation stehenden Bestimmungen genau der gleiche, und weiters ist, wie sich aus den Worten des § 12 I F.D.G. bezw. § 5 II F.F.P.G. „derjenige, welcher in Gemässheit des § 11, bez. der vorstehenden Bestimmung, haftet“ ergibt, die thatbestandliche Konstruktion des inneren Verhältnisses für die mittelbare Haftung dieselbe wie für die unmittelbare.

I. Das äussere Verhältnis bei der unmittelbaren Haftung im Gegensatz zur mittelbaren.

Den Thatbestandsmerkmalen, welche als äussere Momente die unmittelbare Haftung von der mittelbaren unterscheiden, kommt für die Konstruktion der gemeinsamen inneren Grundlage die ausschlaggebende Bedeutung zu.

Es genügt, wie bereits angedeutet, nach dem preuss. Recht die objektive Rechtswidrigkeit der fremden That zur Begründung der Haftung. Das H.D.G. v. 1852 (§ 11) hat die Sache noch nicht in voller Schärfe erfasst. Dasselbe behandelt nur den Fall der Jugend, stellt als Grenze im Einklang mit dem damaligen allg. Strafrecht das vollendete 16. Jahr auf und lässt dann den „Schuldigen“, wenn er mit Unterscheidungsvermögen gehandelt hat, zur vollen gesetzlichen Strafe verurteilen. Hat er aber ohne Unterscheidungsvermögen, sohin nur objektiv normwidrig gehandelt, so wird der Garant zur Zahlung der Geldbusse etc., welche den Thäter getroffen haben würde, falls er das 16. Lebensjahr

vollendet gehabt hätte, unmittelbar als haftbar verurteilt. Der Thäter wird auch hier vor Gericht gestellt, dann allerdings auf Grund seiner persönlichen Qualität freigesprochen und so eine dem Effekte nach alleinige Haftung hergestellt.

In der Folge aber entstand infolge der Neuerungen des St.G.B. bez. der Jugend eine Kontroverse, ob hinsichtlich der von Kindern unter 12 Jahren begangenen Holzdiebstähle eine Haftbarkeit der Gewalthaber aus § 11 hergeleitet werden könne. Die Forstbehörden klagten, dass dem Holzdiebstahle Thür und Thor geöffnet sein werde, wenn gegen die nach dem St.G.B. absolut Strafunmündigen nicht gerichtlich eingeschritten werden könne; da aber in § 11 die Verurteilung des Thäters gefordert wird, so empfand man doch Zweifel, ob man auf Grund dieser Bestimmung die Anklage mit Übergehung der Kinder sofort gegen die Eltern richten könne. Der Finanzminister dagegen in einem an die Regierungen gerichteten Reskript v. 2. VI. 1871, welches einen Ausspruch des Obertribunals darüber herbeigeführt zu sehen wünschte, schien § 11 auch bei Strafunmündigkeit der Kinder immer noch als geltend anzusehen.

Das O.T. hat daraufhin durch Beschluss v. 30. X. 71[1]) zu der Frage Stellung genommen: Der Grundsatz des § 55 komme zur Anwendung, nachdem das Landesgesetz nichts Abweichendes bestimmt, vielmehr § 11 sich lediglich an die allgemeinen Vorschriften des damaligen pr. St.G.B. anschloss. Daher hafteten die im § 10 bezeichneten Personen in Gemässheit des § 11 für die von Kindern unter 12 Jahren begangenen Diebstähle jetzt unmittelbar. Denn die direkte Haftbarkeit eines Dritten für die Folgen der That eines ohne Unterscheidungsvermögen handelnden Kindes nach § 11 sei nicht als strafrechtl. Folge des formellen Aktes der Freisprechung wegen Mangels an Unterscheidungsvermögen, sondern als Folge der Strafunmündigkeit aufzufassen, welche durch das freisprechende Erkenntnis nur zur rechtl. Anerkennung gelange; diese Folge müsse bestehen bleiben, nachdem die Gesetzgebung die Strafunmündigkeit statt der besonderen Feststellung im Einzelfall mit einem gewissen Alter absolut verknüpft habe, zumal die Lage des haftbaren Dritten materiell dadurch keine Änderung erleide, dass er nun allein vor Gericht gestellt wird.

So hat dann auch § 12 I F.D.G. und § 5 II S. 1. F.F.P.G. das Verhältnis festgelegt und ausserdem die weiteren Fälle krimineller Handlungsunfähigkeit in einer für den Charakter der Haftung höchst bezeichnenden Weise angefügt.

Die **unmittelbare Haftung** tritt nämlich ein:

1. Bei und wegen Jugend des Thäters

a) wenn er noch nicht 12 Jahre alt war,

b) wenn er zwischen 12 und 18 Jahren stand, das Diskretionsvermögen aber festgestelltermassen nicht besass[2]).

2. wenn der Thäter, abgesehen von den Fällen sub 1. wegen

---

[1]) G.A. XIX. 770 u. 843.

[2]) Nur die Strafmilderung bei Jugendlichen schliesst das F.D.G. § 10 ganz, das F.F.P.G. § 4 teilweise aus.

eines seiner freien Willensbestimmung ausschliessenden Zustandes straffrei bleibt, also

a) bei Bewusstlosigkeit, b) bei krankhafter Störung der Geistesthätigkeit, sei es eine solche bloss im Moment der That oder eine chronische Geisteskrankheit, Wahnvorstellungen etc. c) bei Nötigung zur That durch unwiderstehliche Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben. Denn auch hier fehlt die freie Willensbestimmung zweifellos [1]).

In dem Falle, wo die Verfolgung des eigentl. Thäters gesetzlich nicht zulässig ist, ist der Gewalthaber der alleinige Beschuldigte, und die Frage, ob die Haftbarkeit auszusprechen ist, bildet selbständig und allein den Gegenstand der Untersuchung [2]). Alleinige Voraussetzung ist, dass die unter der Autorität des Beschuldigten stehende kriminell nicht verantwortliche Person die That begangen hat und nur das muss im Verfahren als Präjudizialpunkt festgestellt werden.

Wird der Thäter aber angeklagt und aus den oben angegebenen sonstigen Gründen freigesprochen, so ist allerdings der Haftbare der zweite Beschuldigte, er verfällt aber allein der Bestrafung.

II. Konstruktion des inneren Verhältnisses.

Wie ist nun diese Haftung und damit bei der Gemeinsamkeit der gesetzlichen Thatbestandsmerkmale, abgesehen von dem sub. I berührten Moment, die Haftung des preuss. Rechts überhaupt juristisch zu konstruieren?

Hält man sich an den Wortlaut, so tritt die Haftung für die in dem Verhältnis der Subjektion und Hausgenossenschaft stehenden Personen ohne weitere Voraussetzungen ein, und zwar unabhängig von einer etwaigen eigenen Bestrafung aus dem Gesetz oder § 361, 9 St.G.B.

Wenn man zunächst von der durch diesen Zusatz bewirkten Gegenüberstellung absieht, so ist dem folgenden Ausschluss der Haftung, im Falle α) die That nicht mit seinem Wissen verübt ist, oder β) er sie nicht verhindern konnte, das Augenmerk zuzuwenden.

A. Für die entscheidende Frage, ob Gegenbeweis gegen Schuldpräsumtion oder Haftausschliessungsgrund bei formeller Haftung ist natürlich die Auslegung dieser beiden Begriffe und ihrer alternativen Verbindung im Verhältnis zum haftungsbegründenden Thatbestand von massgebender Bedeutung.

Aus der Entstehungsgeschichte ist bekannt, wie die ursprünglich alleinige erste dieser Alternativen später durch die zweite ersetzt wurde, bis man endlich beide kombinierte, wie ferner namentlich der erstere Begriff ein sehr unklarer und weiter war, welcher den Gedanken an etwaige Urheberschaft mit umfasste, oder, wenn von der effektiven Teilnahme unterschieden wurde, doch einen minderen Grad derselben ein doloses Geschehenlassen der bestimmten That bezeichnen sollte. Es ist die Idee der Mitschuld, der Beteiligung am Prinzipaldelikt das

---

[1]) Unrichtig Daude Bem. 5 zu § 5 F.F.P.G. Das pr. Gesetz spricht schlechthin vom Ausschluss freier Willensbestimmung ohne den in § 51 St.G.B. angefügten Zusatz, welcher die Fälle dieses § von denen des folgenden unterscheidet.

[2]) So allg. Verf. d. Justizministers v. 29. VII. 79 betr. Ausf. d. F.D.G.

Bestimmende, während die spezifische Garantenverhaftung der 2. Alternative erst später dazu kam.

Mit dieser Herrschaft des Komplizitätsgedankens im Zusammenhalt ist besonders auf die Bildung der unmittelbaren Haftung abzuheben.

Der O.T. Beschluss v. 30. X. 71 nämlich, welcher natürlich noch das Ursprungsgesetz zum Gegenstande hat, besagt: „Beruht schon die Vorschrift des § 10, welche den Vater selbst für die Strafe verantwortlich macht, auf der Vermutung seiner eigenen Mitschuld, so erachtete das Gesetz diese Vermutung in noch höherem Masse für begründet, wenn der eigentliche Thäter, ein Kind unter 16 Jahren, ohne Unterscheidungsvermögen gehandelt hatte". Und Günther, F.D.G. spricht von dieser intellektuellen Urheberschaft, sei es, dass jene ihre Hausgenossen ausdrücklich zur Begehung veranlassen, oder dass sie dieselben in interessiertem Phlegma, in mehr oder minder ausgeprägter Mitwissenschaft auf eigene Hand gewähren lassen". Dies sei auch der Grund der Kumulierung der Hausgenossenschaft gewesen, indem gerade aus ihr das Mitwissen und das Interesse als Regel folge. Nach dem O.T. Beschl. v. 19. II. 63 endlich begründet die Aufsicht die Präsumtion der Teilnahme am Diebstahl oder Mitwissenschaft.

Diese Äusserungen zeigen die Verbindung des Komplizitäts- mit dem Garantiemoment als bereits im Ursprungsgesetz und ebenso in der 1. Alternative der neuen Gesetze enthalten, eine Erkenntnis, welche für das Verständnis grundlegend ist.

Denn das Mitwissen besteht entweder in der Teilnahme am Delikt als intellektueller Urheber oder in dem Geschehenlassen trotz, durch die stete Gemeinschaft und Kontrolle vermittelter, Wissenschaft. In dem letzteren Bestandteil steckt aber schon das Nichthindern, trotz vorhandener Hinderungsmöglichkeit. Das Kriterium zwischen beiden Alternativen kann also nicht die Hinderungsunmöglichkeit sein.

Alsdann möchte das Kriterium das Nichtwissen sein. Es ist allerdings rücksichtlich der 2. Möglichkeit auch an den Fall gedacht, wo der Haftbare zwar wusste, der Untergebene will jetzt delinquieren, ohne von ihm irgendwie dazu veranlasst zu sein, wo er ihn aber nicht abhalten konnte, z. B. weil er krank im Bette lag.

Aber die Sache gestaltet sich nicht so einfach. Denn einmal unterschied der Gesetzgeber selbst nicht so scharf, sondern wurde in der Hauptsache ausweislich der Verhandlungen davon geleitet, dass das Nichtwissen eine innere schwer zu beweisende Thatsache sei. Ferner aber ergibt sich aus der Fassung des Gesetzes, nachdem wir es mit zwei alternativ verbundenen Negativen zu thun haben, für die Umkehrung ins Positive, dass es sich einmal um die Veranlassung des Delikts inkl. der Nichthinderung trotz Kenntnis handelt, dass aber ferner infolge des Hinzutretens des 2. Gliedes die Hinderungsmöglichkeit und Garantie wegen unterlassener Hinderung sich nicht nur auf Thaten bezieht, von denen der Garant gewusst hat. Es ist das auf jeden Fall eine Konsequenz des Wortlautes, welche vom Gesetzgeber nicht abgeschnitten, sondern höchstens nicht scharf erfasst wurde.

Aber selbst wenn jene Scheidung, was nicht zugegeben wird, sich

in Richtigkeit verhielte, beweist schon die Kreuzung zweier divergenter Begriffe in der Mitwissenschaft und die durch die alternative Wirkung der beiden Befreiungsgründe hervorgerufene Unklarheit, dass es sich nicht um die glatte Präsumtion einer bestimmten Verschuldung handeln kann, vielmehr ungeschieden der Gedanke zu grunde liegt, der Haftbare sei höchst wahrscheinlich selbst am Delikte als intellektueller Urheber beteiligt gewesen, wenn es sich auch nicht strikte nachweisen lässt, oder er habe das Delikt seines Vorteils halber konniviert und so indirekt veranlasst, auf jeden Fall aber falle ihm effektiv eine Nichthinderung zur Last.

Mit anderen Worten, es liegt Thäter-Garantenschaft, genauer intellektuelle Urheber-Deliktsgarantschaft vor. Der „Haftbare" kann sowohl intellektueller Urheber als Garant sein, der neutrale Ausdruck umfasst beides, schon deshalb, weil hier die Urheberschaft nicht präsumiert wird, ebensowenig wie die schuldhafte Nichthinderung. Andernfalls müsste für jedes der beiden Glieder die Verschuldung genau gesondert sein und eben die Unklarheit des Schuldmoments entspricht gerade dem Wesen der Thäter-Garantenschaft. Daher ist eine Verbindung von Thäterschaft mit materieller Garantie etwas Abnormes. Denn „da alsdann für jedes Glied der Alternative zur Bestrafung Schuld erfordert wird, in jedem Falle also Schuld festgestellt werden muss, so wird ganz regelmässig auch über Thäterschaft oder Garantenschaft kein Zweifel mehr bleiben"[1]).

Der Komplizitätsgedanke aber ist im Gesetze, namentlich im Hinblick auf die unmittelbare Haftung unzweifelhaft enthalten, andererseits aber auch der davon begrifflich verschiedene Garantiegedanke, und zwar handelt es sich um Deliktsgarantie.

Beiden wird gerecht die Rechtsfigur der Thäter-formellen Garantenschaft und der in einer der beiden vom Gesetz fixierten Richtungen festgestellten Schuldlosigkeit wohnt die Bedeutung eines Haftausschliessungsgrundes bei.

Es ist zwar zweifellos die Hinderungspflicht auch hier implicite gesetzt, aber es bildet die Verletzung dieser Pflicht nicht die Voraussetzung der Garantenbestrafung, wie ich nunmehr zur Ergänzung der bisherigen Gründe an der Hand des Gesetzes selbst strikte nachzuweisen in der Lage sein werde.

B. Denn nach dem Wortlaut des Gesetzes ist diese Auslegung die allein mögliche. Der Wortlaut ist aber für die Interpretation des Gesetzes das entscheidende mit samt den aus ihm sich logischerweise ergebenden Konsequenzen. Der Wille des Gesetzgebers kann nur insoweit berücksichtigt werden, als er in den Worten wenigstens annähernd adäquaten Ausdruck fand, und endlich, abgesehen davon, dass die Gesetzesmaterialien niemals unbedingt sichere Anhaltspunkte für den Willen des Gesetzgebers liefern können, ist wohl auseinanderzuhalten das legislative Motiv vom gesetzlichen Thatbestandsmerkmal. Legislatives Motiv ist die unterlassene Hinderung neben der Komplizität, entschieden, aber sie ist so wenig wie diese Thatbestandsmerkmal.

---

1) Oetker, Haftung S. 159.

Denn 1. tritt bei der unmittelbaren Haftbarkeit, deren Konstruktion ja von derjenigen der mittelbaren nicht getrennt werden kann, die Haftung des Garanten ein, wenn der Thäter in seiner freien Willensbestimmung behindert war, also auch dann, wenn er durch physische Gewalt oder Drohung zum Delikt genötigt worden ist. Geht nun die Nötigung vom Haftbaren selbst aus, so ist dieser Alleinthäter nach gewöhnlichen Grundsätzen. Wurde aber der Thäter von einem Dritten in der bezeichneten Weise genötigt und wird dennoch der Gewalthaber dafür haftbar gemacht, so kann diese Haftung nicht ein eigenes Verschulden desselben zur Voraussetzung haben, sondern muss auf einem anderen Gesichtspunkt beruhen. Denn wenn ein Dritter den Thäter zum Delinquieren gebraucht, so thut er das in der Regel in seinem eigenen Interesse und in einer Weise, dass der Garant gar nichts davon weiss oder überhaupt gar nicht hindern kann.

Wollte man auch gegenüber diesen Fällen sagen, der Garant hätte eben doch auf seine Untergebenen Achtung geben sollen, so wäre ihm damit eine unendlich weite und drückende Aufsichtspflicht auferlegt, wie sie dem Gesetzgeber sicher ferne lag, ja es wäre vielfach direkt unmögliches von ihm verlangt, und der Einwand, dass ja der Gegenbeweis der Hinderungsunmöglichkeit zugelassen sei, vermöchte nicht den Gesetzgeber von dem Vorwurf einer ungeheuerlichen Konstruktion zu reinigen.

Es ist hier in der That gar nicht daran gedacht, dass die Pflichtverletzung für die Verhaftung wesentlich sei. Vielmehr löst sich die Sache einfach vom Standpunkte der formellen Haftung mit Haftausschliessungsgrund, der auch diesen Fall in sich aufnimmt, und wenn auch das Gesetz faktisch Ungerechtigkeiten bringen mag, so ist doch auf jeden Fall theoretisch jene Auffassung befriedigender.

Diese Annahme wird bestärkt durch ein zweites Moment.

2. Es taucht die Frage auf: Kann nach der Fassung des Gesetzes die That auch gegen den Haftbaren selbst mit der Wirkung verübt werden, dass er für dieselbe haftet?

Bejahendenfalls ergibt sich das wunderbare Resultat, dass der Beschädigte, abgesehen davon, dass er sich selbst für den Schadensersatz haftet, was natürlich ausser Betracht bleibt, nicht nur den Schaden hat, sondern ausserdem auch noch die Strafe zahlen muss, die auf die ihm zugefügte Entwendung oder Beschädigung gesetzt ist.

Selbst bei den Forstdiebstählen, die allerdings meist zum Vorteil der gemeinsamen Hauswirtschaft verübt werden, ist dieser Fall denkbar, noch mehr aber bei den Felddiebstählen und Feldpolizeiübertretungen.

Und da steht nun gar der (neu eingeführte) § 19 Z. 4, welcher erhöhte Strafe eintreten lässt, „wenn die nach § 18 strafbare Entwendung begangen wird gegen die Dienstherrschaft oder den Arbeitgeber“. Der Gesetzgeber hat also auch an diesen Fall gedacht und doch lässt er die Haftung unterschiedslos Platz greifen und sogar für qualifizierte Strafe.

Man kann nun einwenden, das F.F.P.G.[1]) mache in einer grossen Anzahl von Fällen die Verfolgbarkeit des Thäters vom Strafantrage des Verletzten abhängig und so falle jenes Bedenken praktisch hinweg. Dagegen ist aber zu sagen, dass, was die Entwendungen anlangt, zwar nach § 181I für den Mundraub, nicht aber für die sonstigen Fälle, die Antragsvoraussetzung statuiert ist, ebenso wie die durch § 22 für anwendbar erklärte Bestimmung des St.G.B. über den Hausdiebstahl ja auch nur Gegenstände von unbedeutendem Wert betrifft. Ganz abgesehen davon aber wird doch die Bestimmung des § 19, 4 in ihrer materiellen Bedeutung durch die Bedingung des Strafantrags nicht tangiert und ferner ist das Antragserfordernis durchaus nicht bei allen Delikten gesetzt, sondern nur bei der kleineren Anzahl.

Ebenso belanglos für die theoretische Konstruktion ist ein etwaiges Bezugsrecht des Beschädigten. § 34 F.D.G. spricht die Geldstrafe dem Beschädigten zu. Aber das F.F.P.G. § 96 lässt nur die bisherigen gesetzlichen Bestimmungen über den Bezug der verhängten Geldstrafen fortbestehen und ihnen zufolge wird nur in seltenen Ausnahmefällen ein Bezugsrecht des Beschädigten vorhanden sein. In solchem Falle müsste vom Standpunkt der Präsumtionstheorie aus der Haftbare für sein eigenes Delikt indirekt an sich selbst die Strafe zahlen oder er würde gar bei Zahlungsfähigkeit des Thäters z. B. des Dienstboten eine Prämie für sein Vergehen bekommen, was der Gesetzgeber sicher nicht beabsichtigt hat; und so kehrt jener Einwand sogar seine Spitze gegen die Präsumtion.

Die Haftung tritt also immer ein, sobald die Voraussetzungen der Haftungs-§§ erfüllt sind, auch wenn der Beschädigte mit dem Haftbaren identisch ist. Denn wo der Gesetzgeber nicht unterscheidet, darf auch der Interpret des Gesetzes nicht unterscheiden.

Eine Pflicht aber, sich selbst nicht bestehlen oder sonstwie schädigen zu lassen, besteht nicht und kann nicht gesetzt werden. Volenti non fit iniuria. Wer es unterlässt, seine eigene Verletzung zu hindern, wer sie geschehen lässt, kann somit nicht selbst in krimineller Schuld sein, nicht selbst ein Delikt begehen. Auch hier wollte also nicht dem Garanten eine Rechtspflicht auferlegt werden, sondern er haftet dem Staate für fremdes Delikt ohne irgend welche Schuld, es ist formelle Garantie.

Indem ihn aber nicht nur der Schaden, sondern auch noch ev. die erhöhte Strafe trifft, bewährt sich das Sprichwort: „Wer den Schaden hat, braucht für den Spott nicht zu sorgen".

Es scheint hier der alte deutsche Rechtsgedanke durchzuleuchten, der das Haus, wo solche Delikte geschehen, als ein Diebeshaus ansieht und demgemäss straft.

Zum Schlusse ist auch des Falles zu gedenken, dass ein Dritter das Kind zum eigenen Schaden des Garanten gebraucht; auch dann haftet dieser schlechthin, ingleichen, wenn sein wahnsinniges oder sonst unzurechnungsfähiges Kind ihn verletzt.

Die formelle Haftung verträgt alle diese Abnormitäten.

---

[1]) Nicht das F.D.G.

3. Bevor ich zu dem Hauptargumente meiner Konstruktion übergehe, muss noch des Umstandes gedacht werden, dass die Haftung unabhängig von der Bestrafung des § 361, 9 nach ausdrücklicher Bestimmung in unseren Gesetzen sowohl als bei letzterem § eintritt.

Nun darf man freilich nicht so argumentieren: Eine Norm kann nur einmal gesetzt werden, die Rechtspflicht ist hier vom Reichsrecht verfügt worden, folglich kann das nicht noch einmal durch das Landesrecht geschehen. Denn die Norm kann allerdings nur einmal gesetzt, die Pflicht nur einmal verletzt, aber wegen dieser Pflichtverletzung kann doppelt gestraft werden, wenn die Gesetze das vorschreiben.

Diese Befugnis sollte der Landesgesetzgebung auch nicht genommen werden und es sollten ausweislich der Entstehungsgeschichte und des Wortlautes selbst beide Bestrafungen neben einander eintreten. Aber es ist auch die formelle Garantie eine Strafe und jene Klausel will nur sagen, dass die auf ganz andere Basis gesetzte Spezialhaftung des Partikulargesetzes neben der deliktischen Haftung des Reichsgesetzes bestehen bleiben soll.

4. Durchschlagend gegen die Annahme materieller Haftung beweist aber der weitere, ausdrückliche, mit dem oben angeführten zusammenstehende Passus der preuss. Gesetze, dass die Haftung des Thäter-Garanten eintritt „unabhängig von der etwaigen Strafe, zu welcher er selbst auf Grund dieses Gesetzes verurteilt wird".

Wenn er gestraft würde wegen pflichtwidriger Nichthinderung, so könnte er zwar daneben noch gestraft werden wegen Mitthäterschaft, Anstiftung und aktiver Beihilfe, niemals aber wegen Alleinthäterschaft. Denn er wäre dann noch ausserdem verpflichtet, sein eigenes Delikt zu verhindern; das ist aber logisch undenkbar, denn die Hinderungspflicht kann sich nie auf die eigenen Delikte mitbeziehen.

Die gleichfalls aus polizeilichen Motiven hervorgegangene Anzeigepflicht des § 139 St.G.B. (vor Begehung der That) ist nur eine besondere Art der Hinderungspflicht. Für diese aber ist es unbestritten, dass die an dem verbrecherischen Vorhaben Beteiligten nicht anzeigepflichtig sind. „Es spricht, sagt Olshausen[1]), nicht nur der Wortlaut dagegen, weil man von jenen nicht würde sagen können, dass sie von dem Vorhaben „glaubhafte Kenntnis" erhalten hätten, sondern auch der von Binding[2]) hervorgehobene innere Grund, dass die die Anzeige gebietende Norm offenbar „dem betr. Verletzungsverbote selbst subsidiär ist". Ähnlich Kohler, Studien I, 118.

Nun bildet aber bei der unmittelbaren Haftung es den Regelfall dass der Haftbare selbst sich eines Unzurechnungsfähigen bedient hat zur Verübung des Delikts, wenn es ihm auch nicht direkt nachgewiesen werden kann. Wird es ihm aber nachgewiesen, wird er daher nach allg. Strafrechtsgrundsätzen als Alleinthäter bestraft, und besteht trotzdem daneben, ohne davon absorbiert zu werden, seine Haftung, so ist

[1]) Komm. N. 6a zu § 139, I 553.
[2]) Handbuch I 359.

diese eben formelle Garantie, nicht aber Bestrafung wegen schuldhaft unterlassener Hinderung.

Man kann nicht einwenden, es liege hinsichtlich der Handlungsunfähigkeit des Kindes nur eine Fiktion vor; denn einmal würde auch dabei jene wenigstens juristisch bestehen bleiben, ferner ist auch das Kind sicher als infans mit dem Tiere noch auf eine Stufe als willenloses Werkzeug eines fremden Willens zu stellen [1]), entscheidend aber beweist, dass die Haftung auch dann eintritt, wenn ein Zustand der §§ 51 u. 52 St.G.B. vom Garanten bewirkt oder benutzt wird, wo dann der phys. Thäter sicher nur Instrument des ersteren ist.

Bisher ist immer nur von der Garantie als solche die Rede gewesen. Die Sache verschärft sich aber noch, wenn man den Komplizitätsbestandteil ins Auge fasst.

So wäre schon im Zusammenhang mit dem letzterörterten Punkt auch bei der mittelbaren Haftung die Möglichkeit der Bestrafung wegen Mitthäterschaft neben der angeblichen Haftung auf Grund präsumierter Mitthäterschaft ein sehr missliches Ding, und so wird, fügen wir noch das sub 3 Gesagte hinzu, die Klausel „und zwar unabhängig etc." für die Interpretation zum Heile.

Es kann aber jetzt im Anschluss an die sub B bisher gebrachten Nachweisungen auch noch

5. darauf hingewiesen werden, dass die Haftung durch jede der beiden Alternativen für sich allein, also schon dann ausgeschlossen wird, wenn Nichtwissen feststeht, auch wenn Hinderungsmöglichkeit bestanden hätte. Denn nach dem Wortlaut des Gesetzes ist Feststellung des Nichtwissens immer Haftausschliessungsgrund. Demnach wird die Haftung zuweilen auch dann beseitigt, wenn Hinderungsmöglichkeit bestanden hätte. Das wäre aber bei materieller Garantie sicher nicht der Fall, die ja wesentlich von dem Mangel der pflichtmässigen allgemeinen Beaufsichtigung und Kontrolle der Untergebenen ausgeht. So zeigt sich auch in dieser Hinsicht Inkongruenz des Beweisthemas nach § 5 etc. und der Widerlegung einer Präsumtion schuldhafter Nichthinderung und kehre ich damit wieder zum Ausgangspunkte, dem sub A Gesagten zurück.

C. Unter B wurde wesentlich auf das Garantiemoment abgehoben, es ist jedoch bereits unter A nachgewiesen, dass daneben und zunächst ununterschieden davon die Komplizitätsidee enthalten ist. Da aber in keiner der beiden Richtungen Schuld thatbestandlich erforderlich ist, so bleibt die Rechtsfigur eine einheitliche, sie erscheint als Haftung im Gegensatz zum gewöhnlichen Falle der Thäterschaft, der auf der Schuld basiert. Diese Haftung aber ist Thäter-Garantenschaft.

Nun könnte im Hinblick auf den sub B 4 besprochenen Passus des Gesetzes vielleicht eingewendet werden, wenn die eine Alternative der Thäter-Garantenschaft aufgehellt sei, dahin, dass der Haftbare als Alleinthäter oder intellektueller Urheber entlarvt ist, so müsse die Alternative der Garantie bei der bezeichneten Rechtsfigur hinausfallen

---

1) Überdies ersetzt die neuere Bestimmung nur die ältere, wo im einzelnen Falle die kriminelle Handlungsunfähigkeit festzustellen war.

und das widerspreche dem Wortlaut des Gesetzes. Demnach würde dann nur die Kategorie der formellen Garantie als passend erscheinen.

Allein das ist unrichtig. Die Thäter-Garantenschaft kann nicht nur in diesem streng alternativen Sinne auftreten, sondern auch derart, dass, wenn die Thäterschaft nicht aufgeklärt ist, die Garantiefunktion doch noch fortdauert. Im Gegenteil entspricht gerade das der Indifferenz der Haftung gegenüber der Schuldfrage.

Zunächst haftet der Pflichtige als Thäter-Garant; ist er aber selbst als Thäter strafbar, so bleibt daneben seine Haftung, die sich nunmehr als Garantenhaftung herausstellt, für die vom Dritten verwirkte Strafe bezw. für den durch den Dritten bewirkten objektiven Thatbestand ihrem Wesen entsprechend, ruhig bestehen.

Interessant ist umgekehrt die Konsequenz des Gesetzes, dass Thäter-Garantenschaft beim Nachweis des Nichtwissens fällt, ohne einfache Garantie wegen unterlassener Hinderung zurückzulassen. Es genügt dem Gesetze diese Entlastung, weil in ihr ausser der zunächst in die Augen springenden Beseitigung der Möglichkeit intellektueller Urheberschaft wenigstens teilweise auch noch die Unmöglichkeit der Hinderung enthalten ist. Anderseits befreit auch die Feststellung der Hinderungsunmöglichkeit von jeder Haftung infolge der alternativen Stellung beider Haftausschliessungsgründe, zumal dadurch schon an sich der erstere Gedanke ausfällt.

Alles in allem erweist sich eben die Haftung als ein besonders gestelltes Rechtsgebilde, das sich nicht unter eine gewöhnliche Strafrechtskategorie pressen lässt[1]). Und auf diese Weise fällt endlich auch das Bedenken weg, dass die Garantenbestrafung von der Thäterverurteilung bez. Straflosigkeit des Thäters abhängig ist, während dieses Verhältnis allerdings dem Gedanken eines eigenen Delikts im Sinne materieller Garantie oder gar präsumierter Thäterschaft widersprechen würde.

D. Vergleichen wir überhaupt die gewonnenen Resultate mit dem gesetzlichen Thatbestand, so ist ersichtlich, dass unsere Auslegung ungezwungen mit dem Wortlaut und der Aufeinanderfolge der Sätze übereinstimmt, während die Präsumtionstheorie schon an der alternativen Formulierung der Haftausschliessungsgründe scheitert.

Der Umstand, dass im alten Gesetz dem Haftbaren der Beweis seiner Unschuld einseitig aufgelegt war, während jetzt eine Feststellung eines der bezeichneten Momente ihn befreit, sagt nichts gegen unsere Theorie, sondern spricht umgekehrt für diese.

„Es ist also nicht erforderlich, das der Beweis für den Haftbarkeitsausschliessungsgrund (!) von dem als haftbar in Anspruch Genommenen geführt“ werde, wie sich Oehlschläger und Bernhardt zu diesem Passus ausdrücken, „es genügt, dass der Aus-

[1]) Auch die Motive z. B.G.B. II 749, welche für ihr Gebiet das Verschuldungsprinzip aufstellen, fassen die neben dem bayer. Ges. betr. die Verpflichtung der Gemeinden zum Ersatz des bei Aufruhr verursachten Schadens ausdrücklich angezogenen Bestimmung des § 5 F.F.P.G. und der §§ 11 und 12 F.D.G. als „auf rechtspolizeilichen Gründen beruhende besondere landesgesetzl. Vorschrift“ auf, die in Gegensatz zum allg. Prinzip gebracht ward. (Dazu E.G.B.G.B. art. 107.)

schliessungsgrund nach Massgabe der für den Strafprozess geltenden allg. Beweisregeln[1]) vom Richter festgestellt wird"[2]).

Diese prozessuale Gestaltung beweist also zunächst nichts für eine materielle Schuldvoraussetzung. Die beiden Haftausschliessungsgründe entsprechen vielmehr den Straf-(Schuld-)ausschliessungsgründen des gemeinen Strafrechts beim Delikt, so dass deren Offizialfeststellung nichts besonderes ist.

Die Sache stellt sich demnach folgendermassen:

Die Haftung tritt zunächst völlig unbedingt ein auf den Thatbestand eines fremden Delikts, sei es auch nur der objektiven Seite eines solchen. Sie wird begründet durch dies der Haftungsnorm entsprechende fremde Delikt und das Garantenverhältnis. Dies der Inhalt des 1. Satzes. Der 2. Satz charakterisiert die Haftung als etwas besonderes gegenüber der Thäterschaft, Beihilfe etc.

Durch die Feststellung eines der beiden Ausschliessungsgründe des folgenden Satzes seitens des Richters, welcher die Anhaltspunkte dafür aus dem Vorbringen des Beschuldigten oder sonst aus dem Ergebnisse der Verhandlung entnimmt, fällt dann die bereits begründete Haftung weg[3]).

Als Resultat steht somit fest: **Thäter-formelle Garantenschaft mit dem Haftausschliessungsgrunde der Schuldlosigkeit.**

III. Das äussere Verhältnis bei der mittelbaren Haftung.

Es erübrigt nunmehr die Betrachtung des äusseren Verhältnisses bei der mittelbaren d. h. der Haftung für die vom Dritten verwirkte Strafe, das ganz unabhängig von dem vorbetrachteten inneren Verhältnis ist, während für letzteres die äussere Gestaltung der unmittelbaren Haftung wichtig und daher zuerst zu betrachten war.

Die mittelbare Haftung ist zunächst geregelt in § 11 F.D.G. und § 5 I F.F.P.G. (woran sich dann die Bestimmung über die unmittelbare Haftung jeweils anschliesst).

Dieselbe ist nun eine subsidiäre in dem im vorigen § entwickelten engeren Sinne d. h. ihre Vollstreckung ist bedingt durch die Insolvenz des eigentlichen Thäters, also hier **subsidiäre Thäter-Garantenschaft** im Gegensatz zur **unmittelbaren.**

Die preuss. Gesetze drücken das ganz klar aus mit den Worten: „ist der letztere im Falle des Unvermögens des Verurteilten für haftbar zu erklären". „Im Fall" ist hier soviel als „für den Fall",

---

[1]) d. h. der freien richterlichen Würdigung.

[2]) Ich darf hier konstatieren, dass jene beiden an der Herstellung der Gesetze hervorragend beteiligten Kommentatoren für das Haftungsverhältnis eine ganz meiner Auslegung entsprechende Ausdrucksweise anwenden, wie sie auch nur den gesetzgeberischen Grund der Haftung auf der Vermutung der Komplizität beruhen lassen. S. Bem. 3 zu § 11 l. c.

[3]) Es ist noch zu erwähnen, dass der Haftbare nach F.F.P.G. auch für eine grosse Zahl Übertretungen rein polizeilicher Vorschriften haftet, die sich zwar zunächst an ihn richten, aber auch von seinen Leuten verletzt werden können. Hier tritt die Thäter-Garantenschaft und zugleich der polizeiliche Charakter des Instituts besonders hervor; er haftet auch dann, wenn er selbst der Geschädigte ist.

der Haftbare wird in der Regel gleich mit verhandelt, die Subsidiarität tritt erst im Vollstreckungsstadium auf. Der Unterschied im Text beider Gesetze: Haftbarkeit für Geldstrafen etc., zu welchen verurteilt worden bez. werden, ist wohl ohne bes. Absicht und Bedeutung. (Immerhin ergibt sich schon daraus die Möglichkeit erst nachträglicher Festsetzung der Haftung.)

Für die Stufenleiter der Bestrafung des Thäters und des Haftbaren kommt aber noch etwas dazu, nämlich die Bestimmung des § 13 IV F.D.G. und § 6 III F.F.P.G., wonach gegen die als haftbar Erklärten an Stelle der Geldstrafe eine Gefängnis- bez. Freiheitsstrafe nicht eintritt, die ohne diese aus diesem Grund getroffene ausdrückliche Verfügung bei der Strafnatur der Haftung nach allg. Grundsätzen erfolgen würde.

Es harmoniert das damit, dass bei der formellen Haftung es sich nicht um ein eigentliches Delikt handelt, und dass die Zwecke der Haftbarmachung durch die Verhaftung mit dem Vermögen genügend erreicht werden [1]).

Zuerst muss demgemäss die Beitreibung der Geldstrafe beim eigentl. Thäter versucht werden. Denn das Zahlungsunvermögen des Verurteilten kann nur dann als festgestellt angenommen werden, wenn jener Versuch thatsächlich unternommen und erfolglos geblieben ist. Erst nachdem dies geschehen, darf mit der Beitreibung der Geldstrafe gegen den für haftbar Erklärten (nach der Gesetzessprache im Gegensatz zu dem „Verurteilten", dem eigentl. Thäter) vorgegangen werden. Nach ausdrücklicher Satzung (§ 13 I S. 2 bez. § 54 der Gesetze) darf bei notorischer Zahlungsunfähigkeit des Gewaltinhabers dieser Versuch gegen ihn unterbleiben. Andernfalls kann die gegen den Thäter für den Unvermögensfall festgesetzte Freiheitsstrafe erst dann vollstreckt werden, wenn vorher der Versuch der Exequierung der Geldstrafe beim Haftbaren gemacht ist. Es ist also auch die Bestrafung des eigentl. Thäters in gewisser Weise von der des Garanten abhängig.

Übereinstimmend lautet § 14 preuss. Jagdscheingesetzes, der auch was das sub III betrachtete Verhältnis anlangt, den vorwürfigen Gesetzen genau nachgebildet ist. Nur heisst es hier in ersterer Hinsicht präciser „für den Fall des Unvermögens für haftbar zu erklären", (woraus natürlich kein arg. e contr. für unseren Fall entnommen werden kann).

IV. Alternativ-subsidiäre Garantie.

Im Anschlusse hieran sei noch ein Fall des älteren preuss. Rechts des Vergleichs halber betrachtet, der des § 49 pr. Feldpol.-Ord. v. 1847. Da nämlich der später zu untersuchende art. 122 II P.St.G.B. dem Abs. I desselben, welcher das innere Verhältnis betrifft, wörtlich nachgeschrieben ist, wenden wir uns hier dem lehrreichen äusseren Verhältnis zu. (Abs. II a. a. O.)

Es muss danach zunächst der Versuch der Vollstreckung der Geldbusse gegen den eigentlich Schuldigen gemacht werden. Die

[1]) Obige Beschränkung gilt, nebenbei gesagt, auch für die unmittelbare Haftung, nachdem jene Bestimmungen nicht unterscheiden.

Haftung der Eltern etc. ist sohin durch Insolvenz desselben und durch Feststellung derselben im Wege der Zwangsvollstreckung bedingt. In zweiter Linie kann dann die Geldbusse vom Haftbaren geholt werden, aber die Behörde hat die Wahl, es ist ihrem Ermessen überlassen, ob sie auf die Haftung verzichten und den Thäter körperlich einziehen will.

Diese Behörde ist nach dem Wortlaut offensichtlich die Vollstreckungsbehörde, und die Gründe, die dabei Mass geben, sind einerseits administrative, andererseits aber Billigkeitsgründe, die der formalen Garantie korrespondieren. Diese Befugnis ermöglicht, nach den Umständen des Einzelfalles von der strengen Haftung zu entlassen.

Dem Charakteristikum der Subsidiarhaft, dass die effektive Bestrafung des einen der beiden in Betracht kommenden den anderen befreit, wird auch hier begegnet.

Nachdem wir durch die Untersuchung der preuss. Gesetze einen festen Boden in unserer Materie gefasst habe, gehen wir zu der Betrachtung des bayer. Rechts über, das viel weniger greifbare Anhaltspunkte wie das preuss. Recht bietet, in sich zerfahren und unklar ist, so dass es für die Interpretation die grössten Schwierigkeiten bereitet.

§ 22.

Die Haftungen des bayerischen Rechts.

Gegenstand der Untersuchung bilden hier zunächst die art. 69 und 70 des F.G., beides „allgemeine Bestimmungen", welche in einem gewissen, schon aus der Stellung ersichtlichen Zusammenhange stehen.

I. Der äussere Gegensatz von mittelbarer und alleiniger Haftung nach Forstrecht.

Auch hier ergibt die vorgängige Feststellung des äusseren Verhältnisses in der Richtung ob mittelbare oder sofortige Haftung wichtige Gesichtspunkte für das innere Verhältnis.

Es besteht nämlich eine mittelbare und eine alleinige Haftung, aber ganz anders wie im preuss. Recht beziehen sich diese beiden Formen auf zwei ganz selbständige Klassen von Forstdelikten, in welcher Beziehung auf den im I. Kapitel angegebenen fundamentalen Unterschied von F.F. und F.P.Ü. verwiesen sein möge.

a) art. 69 statuiert eine subsidiäre Haftung in diesem Sinne, im Gegensatz zu der direkten, ausschliesslichen Verantwortlichkeit des art. 70.

Während nämlich nach art. 70 der Waldbesitzer die Handlungen der Untergebenen derart zu vertreten hat, dass ihn die Strafe etc. allein trifft, bedient sich art. 69 des Ausdrucks: „haftbar für Geldstrafe etc." und spricht von „Mitverurteilung". Aus der Fassung des Eingangs ergibt sich, dass die Requisite der Willensschuld, der Zurechnung beim Thäter vorliegen und gegen ihn prozediert werden muss,

1) Vergl. Brater a. a. O. S. 491δ.

so dass also eine unmittelbare Haftung im Sinne des preuss. Rechtes ausgeschlossen ist.

Dadurch weist das bayer. Forstrecht praktisch eine breite Lücke auf, in welche jetzt allerdings § 361, 9 St.G.B. in weitem Umfange eintritt. Die Eltern sind zivilverantwortlich für die Frevel ihrer bei ihnen wohnenden, noch unverheirateten Kinder; diese haben also meist, wenn man die ländlichen Verhältnisse in Rechnung zieht, das Kindes- oder jugendliche Alter noch nicht überschritten, war ja in den früheren Gesetzen noch ausserdem die Minderjährigkeit als Requisit aufgenommen (Z. 1). Die Mündel jeder Art und minderjährigen Pfleglinge der Z. 2, die Dienstboten der Z. 4, bes. in ländlichen Verhältnissen, die Lehrlinge der Z. 5 werden häufig der kriminellen Handlungsfähigkeit entbehren, die auch den Hirten und Hütern, wozu auf dem Lande Kinder verwendet zu werden pflegen, zumeist fehlen mag.

Das Forstgesetz enthält nur eine Bestimmung über die Herabsetzung der Haftstrafe für solche Jugendliche, bei denen das Diskretionsvermögen festgestellt ist (art. 53), dadurch die Milderung bei Geldstrafen und sohin § 57 R.St.G.B. ausschliessend[1]). Im übrigen schweigt es und geben daher die Bestimmungen des R.St.G.B. Mass mit dem bezeichneten Effekt.

Aus der bayer. Judikatur ist das Erk. des O.L.G. München[2]) v. 8. III. 94[3]) zu erwähnen: „Die notwendige Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung ist, dass eine der im art. 69 bezeichneten Personen wegen Forstfrevels verurteilt worden ist. Die Haftung eines Dritten für eine über einen anderen verhängte Geldstrafe ist nicht denkbar, wenn diese Strafe gar nicht auferlegt wird[4]).

Und O.L.G.E. v. 19. X. 86[5]) spricht davon, dass die Zivilverantwortlichkeit die rechtskräftige Verurteilung einer anderen Person, an deren Stelle die als zivilverantwortlich erklärte Person Ersatz für Strafe und Kosten zu leisten hat, voraussetzt.

b) Im Gegensatz dazu legt art. 70 dem Waldbesitzer bei Forstpolizeiübertretungen der in art. 69 genannten Personen die Leistung der Strafe, des Schadensersatzes und der Kosten allein und in völliger Absehung von der Bestrafung des Thäters, ja mit Ausschluss derselben auf, wobei im Gegensatz zum preuss. Recht durchaus nicht die Unzurechnungsfähigkeit des letzteren Voraussetzung ist.

Auf welche Weise sich das innerlich begründet und wie das äussere Verhältnis zu charakterisieren ist, die Beantwortung dieser Frage führt bereits tief hinein in die Beurteilung des inneren Ver-

---

1) Vergl. Oppenhoff, Komm. N. 8 zu § 57 u. E. d. O.L.G. VI 522.

2) Dieses war bis zum 1. I. 1900 die Revisionsinstanz in allen diesen Sachen.

3) VIII 22.

4) So auch O.L.G. VII 72: Verurteilung aus § 361, 9 auch bei Unzurechnungsfähigkeit des Kindes. Vergl. auch E. d. O.A.G. vom 20. VII. 55, Zeitschr. II 300: Die Mitverurteilung einer zivilverantwortlichen Person ist also überhaupt dadurch bedingt, dass der Beschuldigte selbst wegen Forstfrevels verurteilt wurde. Ebenso E. d. O.A.G. v. 18. V. 55, a. a. O. S. 175.

5) IV 205.

hältnisses und zwar bezw. beider Bestimmungen, der wir uns nunmehr zuwenden.

II. Juristische Konstruktion der Fälle des art. 69 und 70 bezüglich des inneren Verhältnisses.

A.

Wie das Forstgesetz für F.F. eine unmittelbare Haftung nicht kennt, so schliesst es auch im Gegensatz zum preuss. Recht den Gedanken einer eventuellen Beteiligung am Prinzipaldelikt von den Grundlagen der Haftung aus, da in solchem Falle die eigene Strafbarkeit des Dritten dadurch begründet würde. Für F.P.Ü. dagegen ist ausweislich des art. 70 das Vorwissen der massgebende Gesichtspunkt.

Dieser doppelte Gegensatz liefert, wenn er tiefer verfolgt wird, den Schlüssel zur Auslegung.

1. Indem nämlich die Motive bei der Beschreibung der Zivilverantwortlichkeit vorausgesetzt sein lassen, dass die fraglichen haftbaren Personen nicht durch Beteiligung bei dem Frevel, durch Auftrag oder nur durch Vorwissen, durch Verwendung der gefrevelten Gegenstände zu eigenem Nutzen als selbst Mitschuldige, sohin als eigentliche Frevler zu behandeln sind, nehmen sie Bezug auf die für die Garantielehre sehr interessanten Bestimmungen des damals geltenden bayer. St.G.B. von 1813, welche im Kapitel III des I. Buches über die Teilnahme enthalten sind.

Vorauszustellen ist die allg. Begrenzung des Kriminalunrechts in art. 1 dieses St.G.B., wonach nur demjenigen eine Handlung zur strafrechtlichen, d. h. eine Strafe nach sich ziehenden Schuld angerechnet werden kann, der an der Begehung derselben als Urheber oder Gehilfe wissentlich Teil gehabt hat. Für die Gehilfenschaft aber sind drei Grade aufgestellt, deren letzter weit über unseren Begriff der Beihilfe hinausgeht. Unter dem Rubrum „Dritter Grad der Gehilfen" heisst es nämlich zunächst im art. 78: Jeder Unterthan ist schuldig, Verbrechen oder Vergehen (zu letzteren zählen die F.F. und F.P.Ü. gemäss art. 2 III und IV des bezeichneten Gesetzes in Verbindung mit art. 114 unseres Gesetzes), welche in seiner Gegenwart vorbereitet oder angefangen werden, oder von welchen er sonst weiss, dass sie geschehen sollen, entweder durch schleunige Anzeige . . . oder durch Warnung . . . oder durch Herbeiholen von Hilfe . . ., oder durch sonstige in seiner Macht habende Mittel, soweit es ohne Gefahr geschehen kann, zu verhindern. Wer diese Bürgerpflicht durch sein Verschulden nicht erfüllt hat, wird so und so gestraft. Abs. II: Wenn aber erwiesen ist, dass dieser Verbindlichkeit wegen eines eigenen unmittelbaren Interesses an der Entstehung der strafbaren That zuwidergehandelt worden, so tritt erheblich schwerere Strafe ein.

Daran schliesst sich der entscheidende art. 79, nach dessen Abs. I Blutsverwandte in gerader Linie, leibliche Geschwister, Ehegatten und im 1. Grad Verschwägerte gegen einander weder zur obrigkeitlichen

Anzeige, noch zu solchen verhindernden Handlungen, welche diese Anzeige zur Folge haben würden, bürgerlich verpflichtet sind.

„Wenn aber (Abs. II) Verwandte in aufsteigender Linie von einem noch unter ihrer Gewalt stehenden Minderjährigen oder der Ehemann von seiner Ehegattin das Vorhaben eines Verbrechens gewusst und sich erwiesenermassen der in ihrer Macht habenden Mittel, dem Verbrechen eigenmächtig zuvorzukommen, dasselbe zu erschweren oder zu verhindern, nicht bedient haben, so sind sie nach dem vorhergehenden Strafgesetze (art. 78) zu beurteilen.“ Dieses gilt ja für die nicht derartig verwandten Leute, die „Machtmittel“ haben und wird so im Zusammenhalt diese Bestimmung gerade bei den Kategorien unseres art. 69 akut werden.

Hat also der Gewalthaber erwiesenermassen von dem Vorhaben der konkreten That Kenntnis gehabt, ohne dieselbe zu verhindern, so ist er nach art. 79 strafbar.

2. Dieser Sinn ist aber für die Bedeutung der für uns in Betracht kommenden Ausdrücke, die der bisherigen Gesetzessprache als technische entnommen sind, ausschliesslich massgebend.

a) Für die Zivilverantwortlichkeit ist vorausgesetzt, dass eben dieser letztgedachte Fall nicht vorliegt. Es kann somit bei dieser nicht nur nicht von einer Präsumtion der Anstiftung bezw. Mitthäterschaft die Rede sein, sondern auch die schuldhafte Nichthinderung eines bestimmten Delikts, um das der Gewalthaber wusste, ist ausgeschlossen.

Wenn daher dem Zivilverantwortlichen die Möglichkeit gewährt ist, sich von der Haftung durch den Nachweis zu befreien, dass er nicht imstande war, den Frevel zu verhindern, so bezieht sich das nur auf Delikte, von deren Vorhaben in concreto er nichts wusste (Vorwissen = vorher wissen), es handelt sich um eine Nachlässigkeit in der ihm obliegenden allg. Aufsicht und Überwachung, vermöge deren er die Untergebenen in den Schranken der Ordnung zu halten hat, wie dies die Motive bestätigen. Es ist die Garantie *κατ' ἐξοχην*, der Gewalthaber und zwar auf Grund des zivilrechtlichen Gewaltverhältnisses ist dafür schlechterdings haftbar, dass in seinem Machtbereich nichts Unerlaubtes geschieht. So unterscheidet sich diese zivilrechtliche scharf von einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit. „Keineswegs genügt, sagt Brater[1]), zu beweisen, dass man von dem strafbaren Unternehmen vor dessen Ausführung nichts gewusst habe, denn dieses Mitwissen würde ihn als Gehilfen der That selbst strafbar gemacht haben, sein Nichtwissen kann ihn daher nicht von der bloss zivilrechtlichen Haftbarkeit befreien. Das Gesetz legt ihm vielmehr eine allg. sittliche Garantie für das Verhalten seiner Angehörigen auf[2])“.

---

[1]) a. a. O. S. 531.

[2]) Als Beispiele, die das Verhältnis für uns trefflich beleuchten, führt Brater an: wenn der Vater oder Lehrherr beweise, dass er infolge körperlicher Gebrechlichkeit unvermögend ist, die häusliche Zucht aufrecht zu erhalten, oder dass sein Sohn oder Lehrling durch strenge häusliche Züchtigungen von einem boshaften Hang zur Beschädigung fremden Eigentums nicht zu heilen war, wenn der Dienstherr beweise, dass er seinem Dienstboten wegen schlechten Verhaltens schon vor

So sprechen auch die Motive zu art. 88 davon, dass von den Zivilverantwortlichen gehaftet wird mit Vorbehalt ihres Regresses an dem Hirten, wenn solcher gegen die Weisung des Eigentümers gehandelt hat. Diese Weisung ersetzt aber nicht die gehörige Überwachung.

b) Bei art. 70 dagegen handelt es sich um ein strafrechtliches Verschulden im Sinne des alten bayer. St.G.B., um Anteilnahme am Prinzipaldelikt, daher um strafrechtliche Verantwortlichkeit. Wenn der Waldbesitzer beweist, dass die Handlung, die F.P.Ü. ohne sein Vorwissen geschah, wird er frei. Die Motive bestätigen den technischen Gebrauch dieses Ausdrucks. Nach ihnen beruht art. 70 darauf, dass die durch die untergebenen Personen verübte Übertretung der Natur der Sache nach regelmässig mit Wissen und Willen und im Auftrag des Waldbesitzers erfolgt, der daher, wenn nicht intellektueller Urheber, so doch Gehilfe dritten Grades ist.

Für diese Gestaltung kommt auch das Wesen der F.P.Ü. im Unterschied zum F.F. in Betracht[1]) Im 1. Entw. hiess es noch, dass die Bestimmung des art. 78 über Zivilverantwortlichkeit dritter Personen für die Handlungen der im Familien- und Dienstverband stehenden Personen unbedenklich auch auf F.P.Ü. Anwendung finden könnten.

Der heutige art. 70 zieht die Konsequenz dieses letzteren Begriffes, weil, wie die Motive sagen, der Waldbesitzer, ohne dessen Vorwissen die Übertretung geschah, nicht mehr als deren Urheber und folgeweise diese nicht mehr als F.P.Ü. angesehen werden kann, vielmehr jetzt den Charakter einer von fremden Personen im fremden Wald begangenen Rechtsverletzung annimmt.

Der Gegensatz ist ganz scharf. Mangelhafte Aufsichtsführung und unterstützende Anteilnahme am konkreten Delikt, sei es auch nur in der Negative (negative Beihilfe), das ist die für die Interpretation unserer Gesetze massgebende Unterscheidung, zusammengehalten durch das gemeinsame Garantiemoment[2]).

---

der That gekündigt habe, wenn der Meister glaubhaft mache, dass ihm die herrschende Sitte nicht erlaube, sich um das Thun und Treiben des im Hause wohnenden, vielleicht selbst verheirateten Gesellen ausserhalb der Werkstätte zu mischen.

Gegen jenen Begriff der allg. sittlichen Garantie wendet sich zwar ein Urteil des O.L.G. v. 19. X. 86, IV 205, mit der Begründung, dass die Frage, ob eine als zivilverantwortlich erklärte Person von der Haftung befreit sei, sich lediglich nach den Umständen des Falles bemesse, wobei allerdings auf das bürgerliche oder Familienverhältnis stets Rücksicht zu nehmen sei. Aber damit ist eigentlich gar nichts anderes gesagt, als das oben Behauptete.

[1]) Vergl. auch Motive 1852: F.P.Ü. jene Reate, die nur das Interesse gefährden, welches die Staatsgemeinschaft am Gedeihen und an der Erhaltung der Waldungen hat z. B. Abschwendung, wogegen Forstfrevel (die ja auch in Zuwiderhandlungen gegen forstpolizeiliche Vorschriften bestehen können) ausserdem noch einen unmittelbaren Eingriff in fremde Rechtssphären oder eine Gefährdung fremder Rechte bedeuten, sohin sowohl in das öffentliche als in das private Recht störend eingreifen.

[2]) Der damals herrschende Begriff der negativen Beihilfe ist heute aufgegeben, und ist diese von der positiven Anteilnahme auszuscheiden und zur Garantie hinüberzuziehen, wie dies bereits die Entstehungsgeschichte des Polizeistrafgesetzbuches zeigt.

B.

An diesem Unterschied der inneren Grundlagen beider Bestimmungen hat nunmehr die Untersuchung anzusetzen, ob diese Verschuldung präsumiert wird oder nur legislatives Motiv ist, ob wir bei art. 69 formelle oder materielle Garantie (die Annahme einer Thätergarantenschaft entfällt nach obigem von selbst) und bei art. 70 überhaupt einen Haftungsfall haben.

Aus jenem inneren Gegensatz hat sich nach der bayer. communis opinio eine scharfe Differenzierung beider Bestimmungen in eine zivilrechtliche und eine strafrechtliche Verantwortlichkeit ergeben, aber gerade durch die Verbindung beider wird sich das Grundmoment offenbaren.

1. Wenn ich daher zunächst an die Prüfung des art. 69 in jener Beziehung herantrete, so ist

a) der Wortlaut, für sich allein betrachtet, an sich neutral, er hebt nur im Gegensatz zu art. 70 die blosse Ersatzpflicht für die von einem anderen verwirkten Leistungen hervor. Der Gewalthaber ist, diese Fassung ist bezeichnend, als zivilverantwortlich für haftbar zu erklären und daher mitzuverurteilen, während ihn im folgenden Artikel die Strafe etc. der von ihm zu vertretenden Handlungen allein trifft. Die Art, wie an diesen Eingang nunmehr die Aufzählung der Haftungsverhältnisse angeschlossen ist und die sorgfältige Umschreibung dieser letzteren ergibt gleichfalls eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass wir es hier mit dem haftungsbegründenden Garantenverhältnis im Sinne der formellen Haftung zu thun haben. Denn auch wenn die Haftung unmittelbar eintritt, wird sie doch durchschnittlich einen Schuldigen treffen. Damit ist wieder die Unterscheidung der Eingangsworte zusammenzuhalten: Die Zivilverantwortlichkeit ist eine persönliche Eigenschaft des Familienhauptes etc., ist eben seine Garanteneigenschaft selbst, die aus seinem zivilrechtlichen Verhältnis zum Thäter sich ergibt, und auf dieser Basis erfolgt dann erst die Haftbarkeitserklärung.

Ganz selbständig schliesst sich an diese Begrenzung der Zivilverantwortlichkeit im nächsten Absatz die Möglichkeit einer Befreiung von der Haftung, welche sich aus der inneren Grundlage rechtfertigt.

Damit ist aber auch nichts bewiesen.

b) Es ist daher auf den hinter dem Wortlaut stehenden Sinn des Gesetzes einzugehen.

Danach handelt es sich, wenn wir die Auffassung des Gesetzgebers heranziehen, um eine auf das zwischen Garanten und Thäter bestehende bürgerliche oder Familienverhältnis begründete, daher lediglich vermögensrechtliche Ersatzpflicht, welche mit der Strafe für ein eigenes Delikt nichts gemein hat. Indem sie ausschliesslich an jenes Verhältnis anknüpft, durch dasselbe begründet wird, welches zugleich neben der Aufsichtspflicht auch das Recht und die Macht der Überwachung gewährt, hätten wir den Typus formeller Garantie bei möglicher, wahrscheinlicher Schuld.

Nun kommt aber die Stelle der Motive, welche besagt, dass jene Personen wegen dieser Verhältnisse für die Handlungen ihrer Untergebenen verantwortlich gemacht werden können, da angenommen werden muss, dass sie vermöge ihrer Aufsicht dieselben hätten verhindern können, und dass diese Möglichkeit in der Regel vorausgesetzt

und deshalb die Haftbarkeit insolange geltend gemacht werden darf, als nicht jener Beweis der Unmöglichkeit im Einzelfall (!) geliefert sei.

Das klingt wie Schuldvermutung. Lege ich das Gewicht auf die Hinderungsmöglichkeit in Verbindung mit der dem Aufsichtsrecht korrelaten Pflicht, so tritt das Garantenverhältnis als Beides, mithin bei geschehener Rechtsverletzung von selbst die Vermutung der schuldhaften Ausserachtlassung jener Pflicht begründend, in die 2. Linie, alsdann beruht die Haftung auf präsumtiver Verletzung jener Pflicht. Es wäre auch die strafbare That des Dritten nicht haftungsbegründende Thatsache, sondern lediglich Bedingung der Strafbarkeit des Garanten.

Die Präsumtionsauffassung ist hier sehr bequem.

Aber auch mit dieser Stelle verträgt sich, wenn man den Unterschied von Thatbestandsmerkmal und legislativem Motiv erfasst, mit dem der Gesetzgeber die Auferlegung der Haftung innerlich begründet, sehr wohl das Prinzip der formellen Haftung. Denn auch bei ihr wird die Nichthinderung gestraft, wenn auch die Schuld nicht thatbestandliche Voraussetzung ist.

Lege ich nämlich den Accent auf die ausschliessliche Begründung der Haftung durch das zivilrechtliche Verhältnis, so kann ich auch jene Voraussetzung nur als für ihre Auferlegung bestimmend gewesenen Rechtsgrund, als die legislative „Erwägung, auf welcher die Zivilverantwortlichkeit beruht", wie dies in der Masse der vorhandenen Entscheidungen betont wird, sohin als etwas nicht im Kausalzusammenhang mit jener Stehendes, sondern nur daneben Hergehendes betrachten, und andererseits den Nachweis der Schuldlosigkeit als Ausnahme von der für die Regel geltenden Erfahrung im konkreten Fall gleichfalls nicht im direkten Zusammenhang mit dem haftungsbegründenden Verhältnis befindlich, mit anderen Worten die Schuld oder vielmehr die Schuldlosigkeit im Einzelfall mit ihrer Wirkung im Abs. II nur als etwas Accidentelles ansehen, das die bereits begründete Haftung lediglich hinterher beim Vorliegen besonderer Umstände aus dem Billigkeitsgrundsatze: ultra posse nemo tenetur, heraus ausschliesst.

c) Für die Entscheidung zu Gunsten der letzteren Alternative sprechen aber wichtige äussere und innere Gründe, allgemeine Erwägungen und aus dem Gesetz selbst entnommene Argumente.

α) Schon die historische Entwickelung aus dem zweifellos eine formale Haftung enthaltenden art. 1384 code civil und dem pfälz. Recht, das die Ausdehnung der Haftung auf die Geldstrafe lediglich mit dem polizeilichen Grunde der Notwendigkeit nicht aber mit Verschuldung rechtfertigt, weist darauf hin. Es kann in dieser Beziehung auf die Schilderung der Entstehungsgeschichte verwiesen werden und sei hier nur ergänzend folgendes betont: der code lässt bloss für die pères et mères, instituteurs et artisans, nicht aber für die maîtres et commettans die Möglichkeit einer Befreiung von der Haftung zu, die Stellung der einzelnen Bestimmungen aber ist die, dass in Abs. I die allg. Anordnung der Verantwortlichkeit für fremde Handlungen, die besondere betr. der pères et mères, bezw. instituteurs et artisans in Abs. II und IV, und mitten zwischen diese beiden in

Abs. III die betr. der maîtres et commettans gestellt ist, während sich die Befreiung der in Abs. II u. IV genannten Personen in Abs. V anschliesst.

Durch diese Stellung und diesen Zusammenhang ist der zwingende Nachweis geliefert, dass dem art. 1384 eine Schuldpräsumtion nicht zu Grunde liegt[1]) und dieses Institut wurde in das F.G. übernommen.

β) Weiter wäre als allgemeine innere Erwägung in Betracht zu ziehen die sehr weite und ausgedehnte Überwachungspflicht, welche dem Garanten sehr viel zumutet und jedenfalls doch eine sehr vage Grundlage für eine Schuldpräsumtion in concreto, für ein eigenes Delikt des Haftbaren abgeben würde, in Verbindung mit der starken Betonung des zivilrechtlichen Verhältnisses als Ausgangspunkt der Haftung, vermöge dessen der Haftbare „stets" in Anspruch genommen werden kann. Wird doch ferner geradezu die Unterstellung gemacht, dass die That ohne sein Wissen, ja gegen seinen Willen und Auftrag geschah. So steht diese echte Garantenschuld in einem sekundären Verhältnis zur Haftung. Der Haftbare ist dem Staate für das gesetzmässige Verhalten seiner Untergebenen einfach verantwortlich, wie er jenes bewirkt, das ist seine Sache. Der Staat kümmert sich nicht um die Schuldfrage im Einzelfall; vielmehr erscheint die Möglichkeit wirksamer Überwachung mehr als allgemeine Regel ohne Rücksicht auf den konkreten Fall, ein eigenes Unterlassungsdelikt ist nicht ausgeprägt.

Gerade die zivilistische Begründung, wie wir sie in Bayern vertreten finden, entspricht dem Wesen der formalen Haftung. Ansonst wäre doch die Konsequenz der kriminellen Auffassung der Haftung unabweislich.

Man könnte dagegen folgende Konstruktion aufstellen: Mit dem zivilrechtlichen Verhältnis zugleich und untrennbar von ihm ist die Vermutung der Schuld begründet und so der Zusammenhang zwischen letzterer und der Haftung hergestellt. Dieser Kausalnexus tritt nur deshalb nicht so klar hervor, weil die Zivilverantwortlichkeit nicht als Strafe, die Nachlässigkeit in der Überwachung nicht als kriminelle Verschuldung erscheint. Und so sei man, trotz Präsumtion, in art. 69 bei der zivilen subsidiären Haftung für fremde Handlungen stehen geblieben, während man bei art. 70 auf Grund der Präsumtion eines kriminellen Verschuldens zur primären strafrechtlichen Verantwortlichkeit durchgedrungen sei.

Aber selbst wenn das zugegeben würde, dann hätte doch wenigstens die spätere Judikatur, nachdem die Definitionen des alten bayer. St.G.B. mit diesem beseitigt waren, sich der Einsicht nicht verschliessen dürfen, dass, wenn wegen Nichthinderung auf Grund einer Schuldpräsumtion gehaftet wird, dadurch der Thatbestand eines Delikts und somit kriminelle Haftung gegeben ist.

In der That schreiben auch die meisten Entscheidungen die Motive einfach ab, ohne eine Präsumtion zu urgieren.

αα) Wir haben schon früher die O.L.G.E. v. 28. VII. 81 kennen gelernt, wonach die Zivilverantwortlichkeit doch eigentlich nur einen Gegenstand des Zivilrechts betrifft, sohin dieselbe selbständige Natur sei und daher auch bei Teilnahme der Dienstherrschaft etc. am Frevel eintreten.

---

[1]) So auch Motive z. B.G.B. I 103.

In Gegensatz dazu stellt E. d. o. G.H. v. 27. VII. 77[1]) die daneben im pfälz. Recht früher enthaltene Strafbestimmung, indem ausgeführt wird, der Grundsatz des § 361, 9 St.G.B. sei kein neuer. Richtig bezeichnet eine E. d. Kassat.Hofs als den „Grund des Gesetzes die Möglichkeit, bei gehöriger Überwachung den Frevel zu verhindern".

O.L.G.E. v. 5. X. 82[2]) sagt, art. 69 I erkläre die dortselbst aufgeführten Personen in der näher angegebenen Weise zivilverantwortlich, indem er von der Erwägung ausging, dass ....., und dass sie daher mit ihrem Vermögen zu haften hätten. Dabei habe das Gesetz wie die Verschiedenheit und Dauer der die Haftung begründenden Verhältnisse den Umfang der Zivilverantwortlichkeit verschieden bemessen. An diese ganz bestimmten Voraussetzungen sei die Haftpflicht geknüpft.

Spricht diese Stelle eigentlich ganz im Sinne meiner Auffassung, so ist schon dunkler E. d. O.L.G. vom 14. XII. 83[3]), welche, nachdem hergebrachtermassen die bewusste Stelle der Motive citiert ist, erklärt, diese zivilrechtliche Verantwortlichkeit sei schon durch das zwischen dem Arbeitgeber und Arbeiter bestehende Verhältnis begründet, ersterer habe zu beweisen, dass er den Frevel nicht hindern konnte, sonst sei er auch dann haftbar, wenn er bei der Verübung des Frevels nicht zugegen und zur Zeit der That von seinem Wohnort abwesend gewesen sei[4])[5]).

In dieser Art verfahren die meisten vorliegenden Entscheidungen[6]).

$\beta\beta$) Charakteristisch ist die E. v. 29. VII. 79[7]): „Wenn die Haftbarkeit auch ihren Grund in einem Verschulden hat, so ist sie doch nicht auf gleiche Linie mit strafrechtlicher Verantwortlichkeit zu stellen, denn sie entspringt aus einem zivilrechtlichen Verhältnis, legt eine Haftung für fremde Handlungen auf und behält den Charakter einer ausser Verbindung mit dem strafrechtlichen Verschulden stehenden zivilrechtlichen Verpflichtung um so gewisser, als den zivilverantwortlichen Personen das Recht des Rückgriffes ausdrücklich vorbehalten ist."

---

1) VII 333.

2) II 89.

3) II 536.

4) Vergl. auch E. v. 12. I. 82, wonach die Zivilverantwortlichkeit für den Hirten nicht mit dem Eigentum an den einzelnen die Herde bildenden Viehstücke, sondern mit dem dienstherrlichen Verhältnis verbunden ist, weil dem Dienstherrn die Gewalt zusteht. Vergl. ferner O.L.G. IV 280, wo u. a. die Bemerkung der Revision, der Dienstherr habe in der Aufstellung des Schäfers keinen Fehler begangen, für gleichgiltig und für eine Verkennung der Bedeutung erklärt, welche der Ausnahmebestimmung des Abs. II zukommen.

5) Hinsichtlich der Betonung der haftungsbegründenden Momente auch zu vergl. E. d. O.L.G. v. 14. VII. 92, VII 238: Nach art. 69, 5 seien Lehrmeister und Gewerbsleute zivilverantwortlich, solange die betr. Personen unter ihrer Aufsicht stehen, jedoch frei, wenn sie beweisen .... Im Verhältnis jener Personen habe aber das Gewerberecht eine Änderung gebracht, namentlich die R.G.O. mit dem Grundsatz der freien Übereinkunft, der Gleichberechtigung beider Vertragsteile, der auch gegenüber der privatrechtl. Vorschrift, dass die Gesellen verpflichtet sind, den Anordnungen der Arbeitgeber in Bezug auf die ihnen übertragenen Arbeiten abgesehen von häuslichen Diensten Folge zu leisten, gelte. Sonach stünden die Gesellen im allgemeinen nicht mehr unter der Aufsicht der Meister und damit sei auch die Zivilverantwortlichkeit der letzteren entfallen, auch dann, wenn die Gesellen beim Meister in Kost und Wohnung stehen.

6) Vergl. Zeitschr. II 177, VI 536.

7) E. d. o. G.H. in Gegst. d. Zivilr. u. Zivilpr. VII 1037.

γγ) Entschiedener sprechen von Präsumtion nur E. d. o. G.H. v. 23. II. 56[1]) (eine bis zum Beweise des Gegenteils zu präsumierende Ausserachtlassung der Pflicht), O.L.G.E. v. 9. II. 86[2]), endlich deutlich das neueste Erkenntnis des O.L.G. v. 12. IV. 98[3]), das nach Anführung der Motive erklärt: „Hiernach ist im Gesetz eine Vermutung für die Haftbarkeit der zivilverantwortlichen Person aufgestellt, die nur durch den Nachweis zerstört werden kann, dass die Person ausser stande war, den Frevel zu verhindern". Nach dieser billigen Aufstellung einer Präsumtion heisst es aber nichtsdestoweniger wie früher weiter: Die im art. 69 festgesetzte Haftbarkeit gründet sich auf das zwischen den beteiligten Personen bestehende zivilrechtliche Verhältnis, eine Strafbarkeit des Dienstherrn, Auftraggebers u. s. w., eine Beteiligung dieser Personen am Forstfrevel setzt sie nicht voraus, weshalb die Verurteilung des Zivilverantwortlichen in die Kosten des Verfahrens, die nach art. 68 nur der Straffällige zu tragen habe, nicht gerechtfertigt werden kann.

Wie verträgt sich das mit der Präsumtion eines eigenen Delikts? So führt uns diese widerspruchsvolle und z. T. trotz ihrer Jugend antiquierte Entscheidung zu einer weiteren Feststellung aus dem Gesetze selbst, welche entschieden gegen die Präsumtionstheorie spricht, nämlich

γ) bei Schuldvermutung käme Inkongruenz des Gegenbeweisthemas mit der angeblich präsumierten Schuld heraus. Dies ergibt sich aus den sub A konstatierten Momenten. Denn wenn eine Verschuldung präsumiert würde, dürfte nicht ein Vorwissen, irgend welche Anteilnahme am Delikt, vermutet werden, da dies in den Motiven ausdrücklich ausgeschlossen ist und ferner die „zivilrechtliche" Verantwortlichkeit dadurch auch für die bayerische Auffassung unrettbar zu einer „strafrechtlichen" würde. Nichthindernkönnen und Vorwissen schliessen sich demnach in einer Weise aus, dass sie nicht zusammen vermutet werden können. Lassen es ja die Motive umgekehrt sogar „vorausgesetzt" sein, dass jener Fall nicht vorliegt. Demnach müsste konsequenterweise, wie auch Brater, aber nur im Hinblick auf die letzterwähnte Stelle, schliesst, die „subsidäre Zivilverantwortlichkeit" durch die unmittelbare Strafbarkeit entfallen.

Nun aber tritt die Schuld im Gesetz nur in der Negative hervor. Der Garant haftet schlechterdings und ununterschieden für das Delikt, solange, bis er den Beweis erbringt, dass er es nicht hindern konnte, also auch wenn er, wie dies meist der Fall sein wird, wegen der Gestaltung des Garantenverhältnisses, darum wusste, und es befreit ihn nicht der Nachweis der konkreten Hinderungsunmöglichkeit, sondern derjenige der abstrakten; diese letztere enthält aber als der weitere Begriff logischerweise auch die erstere in sich. Folglich kann im Zusammenhalt mit jener begrifflichen Unterscheidung nicht die Negative in eine Positive verwandelt und in den haftungsbegründenden Thatbestand hineingebracht werden. Es liesse sich auch in der That nicht

---

[1]) Zeitschr. III 61.
[2]) IV 41.
[3]) X 37.

einsehen, warum bei art. 69, wo die gefrevelten Objekte doch meist ins Haus gebracht und zum Nutzen der Hauswirtschaft verwendet werden, der Gedanke des Vorwissens schlechterdings ausgeschlossen sein sollte, im Zusammenhalt mit art. 70, wo umgekehrt eine polizeiliche Verpflichtung der Aufsichtsführung gerechtfertigt wäre.

Und ferner tritt die Haftung unter allen Umständen auch bei Teilnahme am Forstfrevel, bei direkter Anstiftung hierzu, unabhängig daneben ein. Das wäre bei einer Präsumtion der Beteiligung, wie sie bei jenem Standpunkt aus der Negative heraus in der Konsequenz läge, natürlich ausgeschlossen. Diese Konsequenz zu ziehen, daran denkt auch niemand, da ja sonst der Widerspruch sich herausstellen würde[1]).

Für die Interpretation unseres Gesetzes aber sind die alten Begriffe massgebend und so gelangen wir zu der einzig richtigen Erklärung, dass eben jene schlechte Aufsichtsführung nur der gesetzgeberische Gesichtspunkt war, der zur Auferlegung der Haftung führte, dass nur in der Negative geschieden ist, indem nur die abstrakte Hinderungsunmöglichkeit befreit und ferner nur die nachgewiesene Thäterschaft oder Gehilfenschaft aus dem Begriffe der Haftung ausgeschlossen ist, während die nicht nachgewiesene, meist vorliegende aber eben nicht nachweisbare Teilnahme ununterschieden mit die Grundlage der Haftung bildet.

Es folgt aus dem Bisherigen im Zusammenhalt mit den sub A getroffenen Feststellungen sohin mit Notwendigkeit, das ein Fall formeller Garantie bei möglicher Schuld mit dem Haftausschliessungsgrunde der Schuldlosigkeit vorliegt.

---

[1]) Vergl. hierher die einschlägige Judikatur:

α) O.L.G.E. v. 3. III. 81, I 130: Die Zivilverantwortlichkeit sei nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht an die Voraussetzung geknüpft, dass der Geschäftsgeber an der Verübung des betr. Frevels teilgenommen habe, sondern lediglich dadurch bedingt (!), dass der Frevel von dem Arbeiter oder Geschäftsträger in oder bei der Ausführung der aufgetragenen Verrichtung begangen wurde. Die Zivilverantwortlichkeit sei daher selbständiger Natur und trete auch bei Mitwirkung am Frevel ein.

β) O.L.G.E. v. 11. V. 88, V 82: Als haftbar ist auch mitzuverurteilen, wer den, der den Frevel verübt hat, ausdrücklich zu diesem Zwecke als Arbeiter gedungen hat, da dadurch ein Dienstverhältnis und durch dieses die selbständige Natur besitzende Zivilverantwortlichkeit begründet sei.

γ) o. E. v. 26. V. 1856, Zeitschr. III 60: Die Väter haben zu haften, wenn ihnen nicht eine Teilnahme, sondern nur die Vernachlässigung der ihnen obliegenden Aufsicht auf die Untergebenen, durch welchen sie den Frevel hätten verhindern können, zur Last fällt, erst recht also, wenn der Frevel unter ihrer Mitwirkung und nach ihrer Anordnung verübt wurde.

δ) E. d. o. G.H. v. 20. X. 71 I 192: Man dürfe nicht mit dem Satze operieren, dass das Mehrere in dem Minderen enthalten sei, sondern es sei dem Geiste des Gesetzes entsprechend, diese Zivilverantwortlichkeit auch in den Fällen als vorhanden zu erachten, wo der Frevel selbst im Auftrage gelegen sei.

ε) o. E. v. 18. V. 66 Zeitschr. XIII 318: „Die Zivilverantwortlichkeitserklärung gewisser dritter Personen beruht auf der Erwägung etc. Trifft sie nun diese Verantwortlichkeit nach klarer Vorschrift des Gesetzes schon dann, wenn von jenen ihnen untergebenen Personen ein Frevel nicht in ihrer Gegenwart oder mit ihrem Wissen verübt ist, so versteht es sich von selbst, dass ihre Haftbarkeit nur um so mehr begründet sein muss, wenn sie ihre Pflicht sogar soweit bei seite setzten, dass . . ., da dann auch von dem im Schlusssatz erwähnten Ausnahmefall, dass sie nicht im stande waren, den Frevel zu verhindern keine Rede sein kann.

δ) Im Anschlusse an dieses Argument sei ein aus dem Verhältnis des § 361, 9 St.G.B. zu unserer Stelle hergenommener Einwand zurückgewiesen. Jener § statuiere die gleiche weite Hinderungspflicht, indem es dort auf die Voraussehbarkeit des bestimmten Deliktes nicht ankomme und seine Strafbestimmung ruhe doch auf Verschuldung; andererseits habe man ausweislich der Kammerverhandlungen von 1896 den Abs. III deshalb eingeführt, um nicht eine Doppelbestrafung wegen desselben Reates statthaben zu lassen.

Das hat aber eine etwas anderen Hintergrund: Im diesseitigen Bayern wurde und wird nämlich die Sache so gehandhabt, dass bei Freveln Strafunmündiger der Vater aus § 361, 9 verfolgt wird, während man bei Freveln Strafmündiger einzig und allein aus art. 69 gegen ihn vorgeht. Man war der Ansicht, dass § 361, 9 eine subsidiäre Bedeutung zukomme[1]). In der Pfalz dagegen bestand die Übung, im letzteren Falle beides zu kumulieren, und um nun diesen als „sogenannte" Doppelbestrafung bezeichneten Erfolg zu verhindern, wurde die neue Bestimmung eingeführt. Man erkannte an, dass die ratio legis für beide Bestimmungen die gleiche ist und schloss daher aus Äquitätsgründen die gleichzeitige Anwendung beider aus. Überdies würde, wenn Haftung wegen unterlassener Verhinderung einträte, materiell § 361, 9 genügen, neben dem die Haftung aus art. 69 doch entfiele.

Endlich aber liegt bei § 361, 9 die Sache in der Positive — die Schuld muss nachgewiesen werden — sohin im Hinblick auf das sub γ) Gesagte ganz anders wie bei art. 69.

In dieser Richtung spricht im Zusammenhalt auch

ε) hier die Abhängigkeit der Haftung von der Strafbarkeit und Insolvenz des Thäters gegen die Präsumtionstheorie. Denn mit der Annahme der Präsumtion würde ein Delikt des Garanten gegeben sein, welches seine Bestrafung erheischte.

Allerdings würde diesem Argument für sich allein im Hinblick auf die zivilist. Auffassung, wie wir sie in Bayern finden, keine durchschlagende Kraft beizumessen sein, aber es fügt sich in das Ganze, ebenso wie der Umstand, dass

ζ) Strafe für den Garanten die Thäterstrafe ist, eine nach objektiven und subjektiven Merkmalen einer Garantenschuld bemessene Strafe nicht bestimmt wird.

Man wird gerade, weil bei dieser zivilen Haftung für fremdes Verschulden kriminelle Gesichtspunkte gänzlich fehlen, nicht zu der den ausgebildeten Regeln des Strafrechts folgenden materiellen, sondern zu der viel einfacheren, ursprünglichen, formellen Garantie greifen, mit deren Auferlegung der Gesetzgeber seine Zwecke der Prävention und wirksamen Repression bereits erreicht. Und von diesem Zweck ist die Zivilverantwortlichkeit beherrscht. Wird sie doch in der Novelle von 1896 zu art. 75 III dem Waldbesitzer für den kahlen Abtrieb des Waldes durch den Käufer mit der schlichten Motivierung auferlegt, diese Bestimmung wolle bewirken, dass der Waldbesitzer sich einen zahlungsfähigen Käufer heraussuche.

---

1) Es entspricht dies dem Gesetze nicht.

So denkt man auch η) in der gewöhnlichen Praxis gar nicht an die Verletzung der Aufsichtspflicht, im Gegenteil, den die Staatsbehörde repräsentierenden Forstbeamten springt gerade das Vorteilsmoment ins Auge, und auch dem Gerichte erscheint der Haftbare lediglich als Zahlungspflichtiger, wie auch sonst ein gesetzlicher Vertreter. Im Rügeverzeichnis und im Urteil steht: Ehemann etc. zivilver., und das genügt, auch in der Verhandlung spielt er mit seiner Schuld, wenn nicht eklatante Fälle vorliegen, gar keine Rolle, und in der Urteilsbegründung heisst es einfach: Nach art. 69 musste die Mutter des Ang. als zivilrechlich verantwortlich erklärt werden, nachdem der Ang. unverheiratet ist und bei seiner Mutter wohnt[1]).

ϑ) Endlich ist noch mit einem Worte bei dem in art. 69 gleichwie in art. 70 vorbehaltenen Rückgriffsrecht in Beschränkung auf ersteren einen Augenblick zu verweilen mit Vorbehalt einer später (Kap. VII) im Zusammenhang erfolgenden einlässigen Behandlung dieser Frage.

Bei dem Falle des art. 69, wo es sich nicht um Beteiligung, sondern höchstens um culpa in der Überwachung, nicht aber um dolus handelt[2]), ist der Regress für den, der für den Dritten gezahlt hat, und zwar nicht nur pro rata, sondern auf das Ganze, juristisch sehr wohl zu erklären, mag man Präsumtion oder Haftausschliessungsgrund annehmen. Wir können daher, anders wie bei art. 70, wo eine Präsumtion der Thäterschaft in Frage steht, aus diesem Vorbehalt für die Konstruktion direkt nichts entnehmen, und so kann auch der Passus „wo ein solcher statt hat" vorläufig unerörtert bleiben. Der Garant hat als solcher stets den Strafregress[3]).

Immerhin aber deutet auch der Regressvorbehalt mit grösserer Wahrscheinlichkeit auf formelle Haftung hin, wo der Garant einfach der Verantwortliche ist und dann seinerseits die Sache weitergibt und sich schadlos hält. Der in Anspruch genommene Zivilverantwortliche hat nämlich nicht nur hinterher ein Rückgriffsrecht gegen den Thäter, sondern auch gegen andere, im Zivilverantwortlichkeitsverhältnis zum Thäter direkt oder indirekt befindliche Personen, mögen sie dem Regredienten beigeordnet sein oder weiter rückwärts auf der Skala stehen: z. B. gegen diejenigen, zu denen gemeinsam mit ihm der Angestellte im Dienstverhältnis steht; letzteres begründet nach aussen Solidarität, nach innen Regress pro rata; andererseits kann für den direkt Haftbaren wieder ein anderer zivilverantwortlich sein, indem er z. B. seinerseits Geschäftsherr des ersteren ist, und hier hat dieser Anspruch auf vollen Ersatz. Das richtet sich alles nach dem jeweiligen Zivilverantwortlichkeitsverhältnis, und die Voraussetzung der Schuld beim Regressaten zur Begründung des Regressrechtes, die eine notwendige Folge der Präsumtionstheorie wäre, erscheint dadurch in eigentümlichem Licht.

---

1) Vergl. auch amtliche Anweisung für Strafbefehl: „Beruht die Zivilverantwortlichkeit nicht darauf, dass der Frevler bei der zivilverantwortl. Person wohnte, so sind die bez. Worte durchzustreichen.

2) Der Standpunkt des B.G.B. § 426 muss natürlich für die Auslegung unserer Gesetze ausser Betracht bleiben.

3) Vergl. E. d. o. G.H. in G. d. Zivilr. u. Zivilpr. VII 1039.

Wenn dieses Recht bei der materiellen Garantie des P.St.G. u. St.G.B. von 1861 wiederkehrt, so erklärt sich das einerseits aus dem historischen Gesichtspunkte der Herüberleitung in das fortgeschrittene Rechtsverhältnis, andererseits beschränkt es sich hier offensichtlich auf ein Recht gegen den Thäter.

So ergibt sich, wenn wir alles zusammenfassen, für art. 69 deutlich der Typus der **formellen Haftung bei möglicher Schuld, mit dem Haftausschliessungsgrunde der Schuldlosigkeit,** eine Interpretation, welche der Zusammenhang mit art. 70 festigt, wie umgekehrt derselbe für die Beurteilung des art. 70, zu welcher ich nunmehr übergehe, von dirigierender Bedeutung ist in Verbindung mit dem sub A gesagten. Beide Bestimmungen sind zusammen zu erfassen.

2. Den Ausgangspunkt der Untersuchung hat zu bilden, einerseits der Unterschied zwischen F.F. und F.P.Ü. und zwischen den beiden Schuldnegativen: „dass er nicht imstande war, den Frevel zu verhindern“ und „dass die That ohne sein Vorwissen geschah“, andererseits der enge Zusammenhang beider Bestimmungen, wie er sich prima facie aus Wortlaut, Stellung im Gesetz und Inhalt aufdrängt.

Es hat sich jedoch, was die innere Konstruktion des Verhältnisses anlangt, auf der Grundlage der eingangs erwähnten Unterschiede und des Umstandes, dass hier nicht Haftung für verwirkte Strafe auftritt, eine bayerische communis opinio gebildet, wonach ganz anders als bei der Haftung des art. 69, der „Zivilverantwortlichkeit“, hier eine direkte Bestrafung des Waldbesitzers für die F.P.Ü. seiner Untergebenen Platz greifen soll auf Grund der Präsumtion, dass die Übertretung mit seinem Wissen und Willen und Auftrag geschehen sei.

Dadurch werden wir mitten in unsere Frage hineingeworfen. Denn nur um diese Präsumtion einer strafbaren Beteiligung am Prinzipaldelikt im Sinne des St.G.B. von 1813 im Gegensatz zu der allg. Nachlässigkeit in der Überwachung kann es sich hier handeln; eine Verletzung der Aufsichtspflicht ist, wie sich aus der Formulierung des Entlastungsbeweises ergibt, gänzlich irrelevant. Somit liegt, wenn die in ihrer Negative eingesetzte Schuld positiv präsumiert wird, keine Haftung in unserem Sinne, sondern Thäterschaft, Urheberschaft oder Gehilfenschaft war. Haben wir es aber mit einer Haftung zu thun, so kann diese nur eine formelle mit Haftausschliessungsgrund sein. Ein Drittes ist nicht denkbar.

a) Es geht die Lehre von der Präsumtion schon an ihren eigenen Konsequenzen zu Grunde, und ist es daher dienlich, zuvörderst deren Entwickelung etwas zu verfolgen.

Allerdings scheint ja auf den ersten Blick in Anbetracht der zu Grunde liegenden Ideen und der Art und Umschreibung der Handlungen, auf welche sie sich beziehen soll, die Präsumtion des Vorwissens als das Natürliche. Denn es sind das Zuwiderhandlungen gegen forstpolizeiliche Vorschriften, die wesentlich an den Waldbesitzer gerichtet sind und ferner wird letzterer, wenn er nicht ein kleiner Mann ist, regelmässig die polizeiwidrigen Wirtschaftsmanipulationen nicht selbst ausführen, sondern durch seine Holzhacker u. dergl. ausführen lassen. Man könnte also sagen: Es wird der Waldbesitzer als intellektueller

Urheber, mindestens als Gehilfe dritten Grades[1]) durch Vermittelung jener Präsumtion bestraft. Entkräftet er jene Präsumtion, kann er, wie die Motive selbst sich ausdrücken, nicht mehr als „Urheber" betrachtet werden, und dann liegt ein F.F. des Thäters, ein Delikt im fremden Walde war, für welches dieser allein haftet. Danach würde es sich um Thäterschaft handeln.

So sagt Brater mit dürren Worten, art. 70, welcher den Ehemann etc. unmittelbar zur strafrechtlichen Verantwortung ziehe, gehe von der Präsumtion aus, dass eine von den Angehörigen des Waldbesitzers begangene F.P.Ü. mit Wissen und Willen desselben verübt sei.

Das ist der Anfang. Einen Schritt weiter führt uns bereits Roth[2]): Die Bestimmungen über Zivilverantwortlichkeit seien bei F.P.Ü. modifiziert dahin, dass bei den in art. 69 aufgeführten Personen, für welche bei F.F. eine Zivilverantwortlichkeit stattfinde, wenn diese mit Vorwissen oder gar im Auftrage des Waldbesitzers eine F.P.Ü. begangen haben, die Haftung den Waldbesitzer allein treffe. Durch d. E. v. 22. I. 58[3]) sei diese ausschliessliche Haftung des Waldeigentümers auch für den Fall ausgesprochen worden, wenn andere, fremde Personen, z. B. infolge Vertrag mit seiner Bewilligung eine forstpolizeilich unerlaubte Handlung in seinem Walde begehen, während bei jenen Personen, für welche nach art. 69 eine Zivilverantwortlichkeit bestehe, vermutet werde, dass sie mit Wissen und Willen des Waldbesitzers handelten.

Das bezeichnete Erk. begründet seine Extensivinterpretation aber so: Aus art. 48 u. 70 gehe hervor, dass nur der Waldbesitzer wegen der in seinem eigenen Walde vorgenommenen Zuwiderhandlungen gegen forstpolizeil. Bestimmungen nach Massgabe der art. 75—78 zu bestrafen sei, mögen dieselben von ihm selbst oder mit seiner ausdrücklichen oder schweigenden Zustimmung von Dritten, auf welche die allg. Grundsätze über mittelbare und unmittelbare Urheberschaft, Hilfeleistung u. dergl. dann nicht Anwendung finden, begangen sein. Zwar sprächen die art. 48 u. 70 zunächst nur von den in art. 69 genannten Personen, allein aus der ratio legis müsse dieser Grundsatz der alleinigen Haftung auf alle Fälle Anwendung finden, wo dritte Personen mit Wissen und Willen, mit ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung des Waldbesitzers so handelten. Die Straflosigkeit der dritten Personen ergebe sich aus dem Zusammenhalt der art. 57 u. 56.

Folgt aus letzterem Allegat die Annahme einer Mitthäterschaft mit Straffreiheit (nicht Schuldfreiheit) des einen Teils, so zeigt sich schon an jener Ausdehnung, die in dem Wortlaut des Gesetzes keine Stütze hat, ein Fehler jener Theorie, welche den art. 70 nunmehr als allg. Regel für F.P.Ü. jeder Art, bis zur Erbringung des Gegenbeweises, propagiert[4]).

1) Den Gehilfen trifft nach dem F.G. die gleiche Strafe wie dem Urheber.

2) Handbuch d. Forstrechts u. Forstpolizeirechts nach den in Bayern geltenden Gesetzen 1863 S. 516, 517.

3) Zeitschr. V 30.

4) Ebenso äussert sich E. d. o. G.H. v. 30. I. 80, IX 505, welches die These aufstellt: Nur der Waldbesitzer könne sich einer F.P.Ü. schuldig machen, ihn treffe die strafrechtl. Verantwortlichkeit unter allen Umständen, da sonst das daran geknüpfte öffentliche Interesse im höchsten Grade gefährdet wäre, indem der Dritte

Die Entwickelung gipfelt in der logisch total unmöglichen E. d. Kassat. H. v. 1. VI. 67[1]), welche von Ganghofer bezeichnenderweise als einzige Erläuterung zu unserem art. 70 beigesetzt wird.

Es müsse, trotzdem das Gesetz das nicht enthält, aber wenn nicht das öffentliche Interesse preisgegeben werden sollte, enthalten wollte, in allen Fällen zunächst und vorbehaltlich des Regresses gegen den Thäter nur der Waldbesitzer dafür haftbar und verantwortlich gemacht werden, soweit überhaupt eine strafrechtliche Verantwortlichkeit bestehe. Zwar sei dies nur bezüglich gewisser Personenkategorien in art. 70 ausdrücklich ausgesprochen worden, und auch bezügl. dieser sei das Gesetz von der Ansicht ausgegangen, dass es Pflicht des Waldbesitzers sei, nicht bloss die in art. 69 bezeichneten Personen, sondern auch sein Besitztum selbst gehörig zu beaufsichtigen und daher F.P.Ü., welche der Natur der Sache nach ohne die Vernachlässigung jener Pflicht des Waldbesitzers nicht wohl ausgeführt werden können, zu verhindern. Seine Sache sei es daher, gemäss art. 70 den Beweis zu liefern, dass die Übertretung ohne sein Vorwissen geschehen sei; liefere er diesen Beweis nicht, so falle ihm nach der Annahme des Gesetzes jedenfalls Fahrlässigkeit zur Last, die im Forstgesetz ebenso wie die vorsätzliche Handlung strafbar sei.

Eine eklatantere Formulierung einer Inkongruenz zwischen präsumierter Thatsache und Gegenbeweisthema als sie dieser Schlusssatz liefert, lässt sich gar nicht denken, der Begriff des Vorwissens ist, wie sub A erwiesen, hier ein ganz anderer, abgesehen von der absolut ungerechtfertigten Ausdehnung der Bestimmung auf andere als die besonders genannten Personen.

Warum aber geschieht das, warum wird die Fahrlässigkeit in den Thatbestand eingeschmuggelt? Weil es mit der Präsumtion des Vorwissens nicht klappt, weil das Gesetz selbst strikte Anhaltspunkte dagegen enthält neben allgemeinen Gründen, kurz weil es sich um eine Haftung in e. S. handelt.

Durch diese Voranstellung ist also das doppelte erreicht: Einmal die Präsumtionstheorie durch sich selbst ad absurdum zu führen und ferner die Grundlagen dieser Haftung zu enthüllen. Es kann daher nunmehr

b) genauer nachgewiesen werden, dass hier nicht Präsumtion einer prinzipalen Strafthat, sondern Haftung und folgeweise nach dem sub 2 eingangs gesagten formelle Haftung vorliegt.

α) Abgesehen von dem Umstand, dass sich historisch nachweislich art. 70 aus dem ursprünglich auch für F.P.Ü. geltenden art. 69 entwickelt hat, für welchen Punkt hernach auch der innere Zusammenhang in den Motiven zu art. 70 sich ergeben wird, manifestiert sich

β) schon im Wortlaut und in der Stellung im Gesetze der engste Zusammenhang mit art. 69, welcher eine Haftung enthält. Beide sind rings eingeschlossen von allg. Bestimmungen verschiedenster Art z. B.

zwar objektiv einen F.F. verübe, wegen desselben aber nicht gestraft werden könnte, weil er dann nicht unberechtigt, sondern mit Vorwissen des Waldeigentümers gehandelt habe.

[1] I 250.

über Kosten oder über Verjährung, weit abgeschieden von den einzelnen Delikten und handeln unsere beiden Artikel eben von der Haftung, der eine für die Klasse der F.F., der andere für diejenigen der F.P.Ü., die nur wegen der inneren Verschiedenheit der beiden Deliktsgruppen und im Zusammenhang damit auch der legislativen Ideen in der Weise verschieden gestaltet sind, dass den Haftbaren hier „die Strafe allein trifft", er hat nicht bloss für die Folgen der fremden Handlungen subsidiär zu haften, sondern für die Handlungen selbst und sofort.

Es ist auch γ) die Verbindung dadurch ausgedrückt, dass art. 70 die „Handlungen der in art. 69 genannten Personen" vertreten lässt, sodass auf der anderen Seite die Kategorien der haftpflichtigen Personen beiden Bestimmungen gemeinsam sind. Sie sind aus der vorhergehenden in die folgende einfach übernommen in einer Weise, welche die durch die direkte Verhaftung nötig gewordene Änderung des Ausdrucks betrifft. Diese Verbindung zeigt auch die Ausdrucksweise des art. 48, wo bei der Definition der F.P.Ü. von den Personen gesprochen ist, deren Handlungen der Waldbesitzer nach art. 69 zu vertreten hat.

δ) Diese letztere aber anlangend, so spricht gerade diese Fassung: „er hat die Handlungen der in art. 69 genannten Personen zu vertreten" bered dafür, dass hier eine Vertretung fremder Handlungen, nicht eigenen Delikts in Frage steht, sie charakterisiert das ganze als Vertretungsverbindlichkeit, die identisch ist mit Garantie [1]), und dieser an die Spitze gestellte Satz wird dann dahin näher ausgeführt, diese Vertretungsverbindlichkeit besteht darin, („in der Art zu vertreten"), dass ihn allein die Strafe, sowie der Schadensersatz und die Kosten treffen, wie er für dieselben Leistungen auch nach dem vorhergehenden Artikel haftet.

Der wahre Gegensatz beider Haftungen und der Zusammenhang im übrigen ist aber dadurch weiter gekennzeichnet, dass noch vor diese Worte ganz zuvörderst gestellt ist: „Hinsichtlich der F.P.Ü. hat der Waldbesitzer die Handlungen .... zu vertreten", und es nicht etwa heisst: „Der Waldbesitzer hat die F.P.Ü. der .... zu vertreten.

Der Rückgriffsvorbehalt ferner schliesst sich genau wie in art. 69 an noch vor die Kategorien der zu Vertretenden, hier bei auch für die bayer. Anschauung unbestritten krimineller Verantwortlichkeit. Ich führe dieses Moment aber vorerst nur aus dem Gesichtspunkt an, dass der blosse Wortlaut und die Folge der einzelnen Sätze und Satzteile sofort die Verwandtschaft mit der Haftung des art. 69 aufdrängt, und wird hernach auf diesen Punkt als wichtiges selbständiges Argument gegen die Präsumtionstheorie genauer zurückzukommen sein.

Hier genügt es auch endlich noch festzustellen, dass an diese Umschreibung der Vertretungsverbindlichkeit, die bisher schlechtweg statuiert ist, der Satz anschliesst: ausgenommen er beweist, dass die Übertretung ohne sein Vorwissen geschah, in welchem Falle etc."

---

[1]) Vergl. die Bezeichnung als technische bei den Steuergesetzen. Eine Handlung vertreten müssen, bezeichnet, dass es sich um fremde That handelt, (= einstehen müssen) während man für eigene direkt bestraft wird (vergl. 2. Halbsatz des art. 70), der Vertretungspflichtige ist der Repräsentant nach aussen.

Wer den Text unbefangen liest, der muss den Eindruck gewinnen, dass hier eine generelle Haftung mit einem speziellen Haftausschliessungsgrunde vorliegt.

ε) Um aber dem Vorwurfe einer Buchstabeninterpretation zu entgehen, seien auch die Motive herangezogen; im Anschluss daran sollen dann die präcisen Argumente aus dem Gesetze selbst folgen.

Nach dem Hinweis auf die Veränderung der Fassung des art. 69 (Abs. I desselben!), derart, dass die Zivilverantwortlichkeit nur dann Platz greifen könne, wenn sie keine Unbilligkeit enthält, geht es nämlich im engsten Zusammenhang weiter: Wenn Kinder etc. eine F.P.Ü. im Walde des Vaters unternehmen, so geschieht dies regelmässig mit dessen Wissen und Willen (= mit seinem Vorwissen), und in seinem Auftrag. So führt auch hier diese „Regel" gleich wie in art. 69 dazu, dem Autoritätsinhaber, der natürlich zugleich der Waldbesitzer sein muss, eine Vertretungsverbindlichkeit für deren Handlungen aufzulegen, jedoch so, dass er „deshalb" d. h. weil hier im Gegensatz zu art. 69 die konkrete That regelmässig mit seiner Autorisation geschieht, „billigerweise allein für die Strafen sowie für den Schadensersatz und die Kosten einstehen muss", nicht erst wie dort für die gleichen Leistungen hinter dem Thäter, und zwar „in der Weise einstehen muss, dass der Beweis, welcher ihn von dieser Zivilverantwortlichkeit befreien kann, strenger[1]) als im art. 69 zu formulieren ist." Nimmt man noch die Begründung des zweiten Halbsatzes, dass bei Erbringung dieses Nachweises der Besitzer nicht mehr als Urheber der strafbaren Handlung, die jetzt im fremden Wald begangen erscheint, angesehen werden kann, so liefern die Motive folgendes Resultat:

Es handelt sich um einen Haftungsfall, um eine von dem gleichen Zweck beherrschte, wenn auch zunächst auf einem anderen inneren Grunde ruhende Vertretungsverbindlichkeit. Folgeweise kann die hier in Betracht kommende Verschuldung nicht Voraussetzung der Haftung, sondern nur die erwiesene Schuldlosigkeit in der Richtung des Nichtvorwissens Haftausschliessungsgrund sein.

Vielmehr ist die Verschuldung nur legislatives Motiv. Weil sie als Regel bei der That des Dritten erscheint, wird der Waldbesitzer schlechthin und allein mit Ausschluss des mehr oder minder als Werkzeug des Ersteren erscheinenden Dritten dafür verantwortlich gemacht, und solange charakterisiert sich die That selbst als Polizeiübertretung. So bleibt die Verantwortlichkeit eine Haftung für fremde That und zugleich tritt das Garantiemoment in die Erscheinung. Der Waldbesitzer wird nicht durch Setzung einer Hinderungspflicht, wohl aber dadurch, dass er unter allen Umständen für polizeiwidrige Vorkommnisse in seinem Wald in Bezug auf seine Untergebenen einzustehen hat, auf das Intensivste daran interessiert, für das Unterbleiben derartiger Handlungen zu sorgen. Damit ist auch dem gerade für die F.P.Ü. noch mehr indizierten Zweck des Gesetzgebers, den Besitzer zu einer wirksamen Befolgung der polizeilichen Vorschriften und An-

[1]) d. h in Bezug nicht auf eine blosse Aufsichtsvernachlässigung, sondern auf eine strafbare Teilnahme, während die nachgewiesene Beaufsichtigung als solche nicht entschuldigt.

ordnungen auch hinsichtlich des Verhaltens seiner Untergebenen zu veranlassen, einem Bedürfnis, welches ja auch die Präsumtionstheorie freilich in unrichtiger Konstruktion, zum Ausdruck brachte, durch diese Interpretation Genüge gethan, und kann nunmehr

ζ) im Hinblick darauf als auf einen weiteren Gegengrund gegen die Statuierung einer Präsumtion auf die auch hier auftretende Inkongruenz von präsumierter Thatsache und Gegenbeweisthema nochmals hingewiesen werden. Das Nichtvorwissen beseitigt nur die Annahme intellektueller Urheberschaft und konkreter Hinderungsunmöglichkeit im Sinne der negativen Beihilfe, während eben jene auch von der Präsumtionslehre anerkannte und in den Thatbestand hineingebrachte Fahrlässigkeit in der Aufsicht davon unberührt bleibt. Hätten wir nämlich Präsumtion des Vorwissens, so läge zwischen Thäter und Haftbarem das Verhältnis von Thäter und Gehilfen bez. intellektuellen Urheber vor, dem nach der herrschenden Lehre schon abstrakt theoretisch und ganz sicher hier dolus wesentlich ist. Damit verträgt sich aber nicht der Haftungsgedanke und insonderheit nicht wie wir bald sehen werden die Regressmöglichkeit. Das Gegenbeweisthema würde also beschränkter sein als die präsumierten Thatsachen. Es lässt sich auch hier die Negative nicht in die Positive übersetzen, sondern ungeschieden setzt die Haftung an die That des Dritten an und entfällt schon bei dem Nachweis, dass er nicht von dem Vorhaben der konkreten That wusste, ohne dass es weiter auf die abstrakte Hinderungsmöglichkeit ankommt. Hierdurch tritt eben die besondere Grundlage der Haftung des art. 70 gegenüber jener des art. 69 in die Erscheinung, welche sich daraus ergibt, dass bei F.P.Ü. der Waldbesitzer regelmässig der Anordnende ist („Ausnahme" der Haftausschliessungsgrund). Diese Inkongruenz schadet nichts, weil zwischen der Haftung und dem besonderen Haftausschliessungsgrund kein direkt konträres Verhältnis zu bestehen braucht.

Durch die Haftung wird der Waldbesitzer auch für den Fall mitgetroffen, dass er der intellektuelle Urheber sein sollte, ohne dass es nachgewiesen ist. Es ist hier aber nicht etwa aus dem Vorwissen die Rechtsfigur der Thäter-Garantenschaft zu entnehmen, weil dasselbe, obwohl die konkrete Nichthinderung umfassend, dem Gesetzgeber als Form der Beteiligung erscheint und die ganze Anlage auf eine reine Haftung hinweist. Haben wir ja auch nicht eine unmittelbare Haftung wie im preuss. Recht, sondern eine ganz anders zu konstruierende alleinige.

Bevor aber zu dieser Konstruktion übergegangen werden kann, sind noch einige wichtige Gründe gegen die Präsumtionslehre zu besprechen.

η) Es zeigt nämlich weiter deutlich den Zusammenhang mit art. 69 im Sinne der Haftung die gleichmässige Verbindlichkeit für Strafe, Schadensersatz und Kosten. Nun enthält aber art. 62 die allg. Bestimmung: Der Straffällige haftet, ausser der Strafe, für den Ersatz des Schadens, welchen er durch die Übertretung oder den Frevel verursacht hat; und art. 68 sagt: Der Straffällige ist in die Kosten, welche auf die Verfolgung und Aburteilung der Übertretung oder des Frevels erlaufen, zu verurteilen.

Hätten wir es also mit einem „Straffälligen" zu thun, so wäre

obiger Passus höchst überflüssig, zumal auch der eigentliche Thäter gar nicht mitverurteilt wird, im Gegensatz zu dem dahin gehenden ausdrücklich Erfordernis im art. 69.

Was den Schadensersatz anlangt, so kann dem Waldbesitzer selbst durch den F.P.Ü. seines Untergebenen an seinem eigenen Walde sehr wohl ein solcher erwachsen, doch kann ihm auch eine beschädigte dritte Person gegenüber stehen, z. B. wenn eine Rodung ohne Einwilligung der Forstberechtigten zu deren Schaden vorgenommen wurde.

Auch im ersten Falle muss der Waldbesitzer die Strafe zahlen und jedenfalls folgt gerade aus dem Umstand, dass hier das verletzte private Interesse eine geringere Rolle spielt als bei art. 69 und dass dennoch jene dreiteilige Haftung ausgesprochen ist, die Herübernahme des Passus in einer Weise, dass nur an Haftung gedacht sein kann.

ϑ) Dass ferner art. 70 nur von „Strafe", nicht von „Geldstrafe" spricht, erklärt sich sehr einfach aus art. 51 F.G., wonach bei F.P.Ü. nur auf Geldstrafe erkannt werden kann, während die für den F.F. zulässigen Strafen 1. Geldstrafe, 2. Haft sind, so dass für art. 70 überhaupt keine andere Strafe in Frage kommen konnte.

ι) Die Substituierbarkeit der Freiheitsstrafe, wie sie in art. 54 und 55 ausgesprochen ist, bezieht sich, wie aus der Stellung der art. 54 und 55 einerseits, 69 und 70 andererseits folgt, nur auf die den Thäter selbst treffenden Geldstrafen und nicht auf den art. 70 mit. Es findet eine Strafverwandelung gegen den Garanten nach art. 70 nicht statt, ein Moment mehr gegen die Annahme prinzipaler Strafthat desselben.

ϰ) Aber ganz abgesehen davon haben wir im Text des Gesetzes selbst ein Argument für Haftung, und zwar für formelle Haftung, das für sich allein schon dieselbe hinreichend charakterisiert und das dann für die Konstruktion des ganzen Verhältnisses von grundlegender Bedeutung ist.

Das Regressrecht ist, wie später allg. auszuführen sein wird, etwas bei der Garantenhaftung sehr natürliches und sehr häufig betontes.

Es entspricht vollständig dem eigentümlichen Verhältnis, welches zwischen Garanten und Thäter besteht, es entspricht der Billigkeit, sicher bei der materiellen, noch mehr aber bei der scharfen, von der Schuld im Einzelfall begrifflich absehenden formellen Haftung, hinterher eine solche Auseinandersetzung zwischen dem Haftbaren und demjenigen, welcher eigentlich die Leistung verwirkt hat, nicht im Offizial-, sondern im Parteibetrieb zuzulassen, wodurch zugleich, ohne Einbüssung der kriminalpolitischen Vorteile der Haftung, der dem Rechte erwünschte Erfolg eintritt, dass auch der eigentlich Schuldige selbst getroffen wird. Ja, dieses Recht ergibt sich aus der Garantienorm von selbst, wenn die Leistung des Garanten irgendwie an Stelle derjenigen des Thäters tritt.

Dagegen ist mit der Natur der Thäterstrafe ein Regressrecht, wie es hier vorliegt, völlig unvereinbar. Es handelt sich bei art. 70, Präsumtion unterstellt, um ein gemeinsam begangenes Delikt, einen gemeinsamen dolus, ausschliesslich irgend welcher culpa. In jenem Falle

aber schloss das bisherige Zivilrecht mit Ausnahme des code civil den Rückgriff aus, weil hier nicht mehr der Gesichtspunkt, dass der Zahlende den andern von einer Ersatzverbindlichkeit befreit hat, sondern der Charakter der Strafe hervortritt und jeder die Strafe für seinen dolus leisten soll. So, abgesehen von dem preuss. und sächs. Recht, besonders das für den Gedankenkreis vorwürfigen Gesetzes massgebende gemeine Recht[1]) (vgl. z. B. l. 29/30 D. 3, 5: „si non sit conscius fraudis") und selbst der code gewährt den Regress naturgemäss nur pro rata, nicht aber auf das Ganze. Das letztere aber wäre hier bei Präsumtion der Fall. Denn nach dem ursprünglichen Gesetz, aus dem heraus unsere Frage zu beurteilen ist, war hinsichtlich der Bestrafung von Deliktsgenossen das Prinzip, dass jeder die volle Strafe zu tragen hat, nicht nur für Frevel, sondern auch für Polizeiübertretungen aufgestellt; daher hätte bei jener Unterstellung der Waldbesitzer für sich allein die volle Strafe verwirkt, während für den Thäter der Strafausschliessungsgrund des metus reverentialis wirken würde[2]).

Während für das frühere Zivilrecht mit kleinen Ausnahmen der Regress bei gemeinsamen Delikten begrifflich ausgeschlossen war, hat ihn allerdings das B.G.B., welches in den Motiven II 171 sich noch energisch zu einem eigenen diesbezüglichen § 338 I. Entw. gegen diesen Gedanken wendet, durch Stillschweigen im § 426 anerkannt, aber nur pro rata, und auch hier ist aus § 817 die Ausnahme zu machen, wenn die Beteiligung eines der Mitthäter derart überwiegt, „dass es unsittlich wäre, wenn er die anderen Mitthäter zur Teilnahme am Schadensersatze nötigen wollte. Dies wird namentlich im Verhältnis zwischen dem Anstifter und den von ihm Verführten der Fall sein"[3])[4]).

Ein Argument aus dem B.G.B. ist also, abgesehen davon, dass es ein Anachronismus wäre, schon deshalb unstichhaltig, weil dieses nur den Regress zum entsprechenden Teil kennt und selbst dieser hier wegfiele. Ein Regress auf das Ganze bei gemeinsamem Delikte ist schon für das Zivilrecht völlig widersinnig.

Aber auch selbst wenn, was ja nicht der Fall, das Zivilrecht es voll anerkennen würde, wäre bei Voraussetzung persönlicher Verschuldung für das Strafrecht eine derartige Weiterwälzung der Strafe absolut unmöglich. Demgemäss lässt sich auch aus dem Zusatz: „wo ein solcher statt hat" kein Gegenargument entnehmen, denn bei einer derartigen Bestrafung für ein eigenes Delikt hat er auf keinen Fall statt[5]).

---

1) Windscheid § 298, 12; A.L.R. I 6 § 34, sächs. B.G.B. § 1445.

2) Was den Schadensersatz und die Kosten anlangt, so besteht bei Deliktsgenossenschaft hier zwar Samtverbindlichkeit, wobei aber der Zahlende, eben wegen seines Verschuldens, kein Rückgriffsrecht, auch nicht pro rata hat (andernfalls auch die einheitliche Umfassung sämtlicher aus dem Delikt entspringenden Leistungen durch den Vorbehalt sehr gestört wäre).

3) Cossack, Lehrb. d. d. bürg. Rechts. 2. Aufl. I 598.

4) Eine weitere Ausnahme macht das B.G.B. selbst, § 541, für das Verhältnis zwischen Aufsichtspflichtigen und Thäter.

5) Gegen letztere These kann man auch nicht etwa mit den Motiven zum B.G.B. zu den nicht Gesetz gewordenen §§ 729, 730 I. Entw. betr. die actio de effusis, II 805, operieren. Dort wird nämlich der Inhaber des Gebäudes ausdrücklich als der Schuldige vermutet (missverständlicherweise) und hat hinterher trotzdem den Regress an den Thäter, aber es liegt dabei keine Deliktsgenossenschaft vor.

Die Präsumtion supponiert, müsste ja gerade der intellektuelle Urheber definitiv gestraft, der phys. Thäter definitiv frei bleiben.

Nun möchte man aber einwenden: Zugegeben, dass er als Urheber oder Gehilfe den Regress nicht hat. Weist er seine Unschuld im Strafverfahren nach, so wird er frei und kommt ein Regress nicht in Frage. Andernfalls aber wird er als Schuldiger vermutet. Es bleibt ihm jedoch unbenommen, hinterher ausserhalb des summarischen Strafprozesses im Zivilprozess auf Schadensersatz gegen den Untergebenen zu klagen, wenn er selbst unschuldig, der andere aber schuldig gewesen, derselbe ohne sein Vorwissen handelte. Freilich muss bei dieser Auffassung konsequenterweise zugegeben werden, dass der Besitzer auch im Zivilverfahren die Präsumtion bis zur Erbringung des Unschuldsbeweises gegen sich gelten lassen müsse, aber er könne das eben hier besser, auch in Anbetracht des Unterschieds, dass er im Strafverfahren Angeklagter, der andere Zeuge, hier aber er Kläger und dieser Beklagter sei. Was das letztere anlangt, so ist doch eine eidliche Zeugenaussage dort adäquat einer Eideszuschiebung hier.

Aber abgesehen davon sprechen gegen eine solche künstliche Konstruktion die triftigsten Gründe. Vor allem die Stellung des Vorbehalts im Gesetze gleich im Anfang bei der Umschreibung des haftungsbegründenden Verhältnisses. Es würde ganz unnatürlich sein, in einem Athemzug mit der Aufstellung der Schuldpräsumtion demselben Mann den Regress vorzubehalten. Wäre der Gesetzgeber von obiger Auffassung geleitet gewesen, so hätte er sich ganz anders, mit genauerer Begründung und weiter unten darüber ausdrücken müssen.

Ferner aber, was gäbe jene Annahme für absurde Konsequenzen. Der Besitzer ist als Thäter (bezw. Gehilfe) verurteilt. Nun weist er im Zivilverfahren seine Unschuld und die Begehung eines F.F. durch den anderen nach, worauf dieser verurteilt wird. Damit hat man zwei einander widersprechende Urteile, von denen dieses dieselbe That als F.P.Ü., jenes als F.F. charakterisiert.

Aber weiter noch. Die Rechtskraft der Urteile wirkt nur inter partes, das Strafurteil wird rechtskräftig nur gegenüber dem allein in ihm verurteilten Waldbesitzer. Auf die Ergebnisse des neuerlichen Zivilurteils hin wird nun aber der Staatsanwalt Anklage gegen den Untergebenen wegen F.F. erheben[1]) und letzterer deshalb zu Strafe und Schadensersatz verurteilt. Er hat also für dieselbe Handlung dem Waldbesitzer seine Regressforderung zu zahlen und muss nunmehr ferner noch ausser der Leistung des Schadensersatzes, der nach den Bestimmungen über F.F. auch anders gestaltet ist, die Strafe über sich ergehen lassen. Solche Widersprüche und Ungerechtigkeiten kann aber der Gesetzgeber nicht gewollt haben.

---

wie hier, wo mit dem Waldbesitzer doch immer ein zweiter Thäter notwendigerweise in Betracht kommt. Dort ist umgekehrt der Thäter noch gar nicht entdeckt. Andernfalls scheidet der Inhaber überhaupt aus, wenn ihn nicht selbst nach den allg. Grundsätzen der Vorwurf eines Verschuldens trifft, d. h. wenn er nicht selbst gemeinsam mit jenem die That begangen hat, und für diesen Fall wird ihm von den Motiven das Regressrecht ausdrücklich abgesprochen.

[1]) § 152 St.P.O.

Der Besitzer kann im Strafverfahren seine Unschuld gerade so gut nachweisen als im Zivilprozess, und während man ihn dort als den eigentl. Thäter, den phys. Thäter aber als unschuldsvolles Lamm betrachten würde, würde man ersteren hinterher zum doppelten Schaden des letzteren von der Strafe befreien.

Bei der anderen Auffassung aber würde sich ein geradezu scheussliches Zwittergebilde von Thäterhaftung im Strafverfahren und Garantenhaftung im Zivilprozess ergeben.

Viel günstiger liegt die Sache für die Präsumtionstheorie bei art. 69, wo es sich um die von einem anderen verwirkte Strafe handelt, und wo ferner nicht wie hier, die Präsumtion einer culpa ausgeschlossen ist.

Umgekehrt weist der Regressvorbehalt auf das Nachdrücklichste auf formelle Garantie hin. Nicht erst hinterher im Zivilverfahren soll die Sache vom Gesichtspunkte der Haftung behandelt werden, sondern, das folgt aus der Stellung des Vorbehalts, schon im primären Verfahren soll es sich um eine Garantenhaftung des Waldbesitzers drehen, während die Thäterhaftung desselben dadurch ausgeschlossen ist. Das Regressrecht fliesst unmittelbar aus der Haftungsnorm ab. Und so wird diese Klausel auch dem Umstand gerecht, dass sehr leicht auch nur eine culpa in der Überwachung vorliegt.

Man kann für unsere Materie den Satz aufstellen: Wo Regress, da ist Garantie. Dem entspricht genau der Zusatz: wo ein solcher statt hat. Denn die Garantie ist so gestaltet, dass jener in manchen Fällen fehlen kann, so wenn das Kind rechtlich vermögensunfähig oder der Taglöhner thatsächlich vermögenslos ist, wenn der formelle und auch der materielle Garant thatsächlich im Einzelfall selbst beteiligt ist, eventuell der Regressat, der Thäter, entschuldigt erscheint. Es besagt die Klausel, um das einstweilen anzudeuten, wo der Rückgriff nach eigener Inanspruchnahme rechtlich und thatsächlich dem Garanten möglich ist[1][2]).

c) In der Zurückweisung der Präsumtionstheorie haben wir bereits das Wesen der Haftung erkannt, dahin dass ein Fall der formellen Garantie, bei möglicher Schuld mit dem Haftausschliessungsgrunde der Schuldbarkeit vorliegt.

Mit dem Ausschlusse der Beteiligung entfällt für das bayerische Recht, wie gleichfalls (oben sub ε) betrachtet, die Annahme einer Thäter-Garantenschaft. Damit ist auch der Fall der Alleinthäterschaft ausgeschlossen, wie ihn das preuss. Recht hat.

— — — — —

1) Treffend ist die Stellung des Regresses zur Beteiligung behandelt in E. d. o. G.H. v. 29. VII. 79. Dort ist in Bezug auf art. 69 gesagt, dass, wo die Haftung nur auf der Zivilverantwortlichkeit beruht, das Rückgriffsrecht auch bei Miturheberschaft bestehen bleibt, indem neben die eigene Haftung eine solche für den Deliktsgenossen getreten ist, dass dagegen, soweit die Haftung auf der Deliktsgenossenschaft beruht, „der Miturheber sein Recht auf Rückersatz durch sein Verschulden verwirkt hat".

2) Dass hier ein Haftungsfall gegeben ist, das erkennen selbst die Anhänger der Präsumtionslehre, wie Brater und Roth, insoferne an, als es in ihren Inhaltsverzeichnissen heisst: Zivilverantwortlichkeit — für F.F. — für F.P.Ü., welcher Terminologie auch die offizielle Handausgabe sich bedient.

Im Hinblick darauf aber gelangen wir jetzt eben auf der Grundlage des zuletzt sub b zur Regressfrage Erörterten zur präcisen Konstruktion des ganzen Verhältnisses, indem jetzt erst das spezielle Charakteristikum hinzugefügt wird.

Es fragt sich nämlich, wie es mit der Strafbarkeit des Thäters bestellt ist.

Bestraft wird er ja nicht, sondern der Garant haftet allein, jener ist de facto straflos. Aber es ist für die alleinige Haftung durchaus nicht die Straflosigkeit des Thäters in concreto infolge eines Schuld- oder Strafausschliessungsgrundes Voraussetzung oder auch nur massgebend, im Gegenteil tritt die Haftung ganz unbedingt und sicher auch dann ein, wenn dem Thäter kein Schuld- oder Strafausschliessungsgrund zur Seite steht. Denn auch von einem Strafausschliessungsgrund des metus reverentialis darf nicht gesprochen werden, weil sonst ein Befehl, eine Thäterschuld des Garanten vorausgesetzt wäre.

Vielmehr ist der Thäter abstrakt strafbar, während dessen konkrete Strafbarkeit dem Gesetzgeber zunächst höchst gleichgültig war.

Die abstrakte Strafbarkeit desselben aber ergibt sich aus dem Regressvorbehalt. Denn wenn der Gesetzgeber eine alleinige Haftung bei genereller Straflosigkeit des Thäters statuiert, so gibt er niemals einen Regress, weil er eben gerade die Bestrafung des Thäters nicht will, auch nicht indirekt im Regressweg. Dagegen im Falle alleiniger Haftung bei Strafbarkeit des Thäters ist der Regress die notwendige Folge und der deutliche Ausdruck der Strafbarkeit und immer gegeben.

So auch hier, nur dass sich die Sache durch die eigentümliche Scheidung der Forstdelikte in die beiden Klassen kompliziert. Das Verhältnis ist so: Liegt der objektive Thatbestand einer durch einen Untergebenen im Walde des Herrn begangenen F.P.Ü. vor, so wird zunächst gar nicht danach gefragt, ob es mit oder ohne jenes Vorwissen geschah, ob also subjektiv der Untergebene eines F.F. etwa schuldig ist. Denn bei Durchdringen des Haftausschliessungsgrundes fällt der Herr hinaus; wenn er aber aus art. 70 haftet, so haftet er schlechthin. Der Staat hält sich, was ihn angeht, ausschliesslich an den Garanten, und dies ist durch die legislative Grundlage sowohl nach der Seite des Herrn als nach der des Untergebenen hin ganz berechtigt. Dagegen kommt die eventuelle Schuld des Thäters hinterher im Regressverfahren zum Ausdruck, das vom Garanten gegen ihn betrieben wird; denn regresspflichtig kann er doch nur aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes für unerlaubte Handlungen sein. Der Garant, der unbedingt aus dem objektiven Thatbestand haften musste, klagt also gegen ihn, weil er infolge seiner abstrakt strafbaren Handlung[1]) verurteilt und so zu Schaden gekommen ist, und der Thäter kann dann nur ope exceptionis (exceptio doli) einwenden, er habe mit jenes Vorwissen gehandelt und habe jener sich daher den Schaden selbst zuzuschreiben.

---

[1]) Aus diesem Gesichtspunkte müssen für das Zivilverfahren die Grundsätze über kriminelle Zurechnungsfähigkeit gelten, so dass hier die Strafbarkeit in concreto bez. der Deliktsfähigkeit sich offenbart.

Das muss aber er beweisen, nicht gilt eine Präsumtion gegen den Garanten.

Auf diese Weise schmiegt sich der Vorbehalt „des Regresses, wo ein solcher statt hat", an die formelle Haftung höchst natürlich an. Im Regressverfahren stellt sich das wahre Verhältnis heraus; der Garant verliert seinen Regress, wenn jener Beweis durchgreift, es bleibt die Strafe auf ihm, als von ihm selbst verwirkt, sitzen. Soweit aber der Regress gegen den Thäter geht, erscheint dieser als abstrakt strafbar, während nur auf seine effektive direkte Bestrafung vom Gesetz zunächst verzichtet ist.

Es ergibt sich die juristisch hochinteressante Bildung der Schadensersatzstrafe[1]) d. h. dieselbe Leistung ist Schadensersatz für den Garanten und Strafe für den Thäter, so dass auf diese Weise eine allseits befriedigende Lösung erzielt wird.

In der regresslosen Haftung ist aber die Strafe des Waldbesitzers als Thäters zugleich erfüllt.

Auf diese Weise rechtfertigt sich auch die alleinige Strafbarkeit des Waldbesitzers bei nachgewiesener Anstiftung. In allen Fällen der Begehung einer F.P.Ü. spricht eine starke praesumtio facti dafür, dass der Besitzer der intellektuelle Urheber ist. Andererseits entspricht es der Billigkeit, den Thäter, der mehr oder minder nur ein Werkzeug in den Händen des Besitzers ist, laufen zu lassen, zumal es sich um Polizeivorschriften handelt, die an den Herrn des Waldes gerichtet sind, welchem die Anordnung und Überwachung der Wirtschaftshandlungen obliegt. Um sein Ziel zu erreichen, standen dem Gesetzgeber zwei Wege offen, die Thäterschaftspräsumtion mit Strafausschliessungsgrund und die gerechter und besser wirkende, auch die Aufsicht umfassende Haftung mit jener praes. facti. Lässt man aber den Thäter frei bei der blossen Haftung, so muss er erst recht hinausfallen bei nachgewiesener Anstiftung nicht auf Grund des art. 70, sondern der betreffenden Gesetzesbestimmung selbst, der Fassung „wer es unternimmt" und der ratio legis.

Aus dieser praes. facti rechtfertigen sich auch die Anklänge an praes. iuris und die verschiedenen rationes dubitandi, indem der Gesetzgeber diesen Gedanken mit der Herübernahme des äusseren Gerippes aus art. 69 vereinigte, sich selbst nicht ganz klar über das Geschehene. Damit erledigt sich der Einwand, der bayer. Gesetzgeber habe kriminelle formale Haftung nicht gekannt. In unserem Artikel erkennt er selbst die Natur der Haftung als Strafe an, und die Unterscheidung zu art. 69 rechtfertigt sich aus der Verschiedenheit der zu Grunde liegenden Gedanken. Aus jenen Anklängen versteht sich auch der 2. Halbsatz dahin, dass eben bei Erbringung des Beweises der Besitzer ausscheidet, nur der Thäter als Frevler auf der Anklagebank erscheint und dann natürlich allein wegen Forstfrevels bestraft wird. Und, um das anzufügen, es ist Brater beizustimmen, wenn er hierfür dann nur die Zivilverantwortlichkeit dritter Personen, nicht des Waldbesitzers, der ja

[1]) Gegenstück zur Lohnstrafe.

stets zum Thäter auch im Zivilverantwortlichkeitsverhältnisse steht, Platz greifen lässt, denn er ist der Geschädigte, und das wollte der Gesetzgeber mit dem Wort „allein“ im 2. Halbsatz ausdrücken.

Man darf nicht aus einfachen faktischen Vermutungen = legislativen Motiven förmliche Rechtsvermutungen machen und die Unangängigkeit der letzteren Annahme glaube ich nachgewiesen zu haben. Der legislative Grund aber gibt der Haftung Fleisch und Blut und dirigiert den Haftausschliessungsgrund, während das Knochengerüst der Typus: **formelle alleinige Haftung bei möglicher Schuld mit dem Haftausschliessungsgrunde der Schuldlosigkeit** ist.

Dem entspricht, dass sich auch das Verfahren zunächst nur gegen den Haftbaren richtet, während der Thäter eventuell Zeuge ist, es müsste denn, wie Brater sich ausdrückt, „die Straflosigkeit“ des Besitzers gerichtskundig sein, in welchem Falle sofort gegen den Thäter wegen Frevel vorgegangen wird [1]).

d) Eine Bestätigung vorstehender Ausführungen zu art. 70, die völlige Unhaltbarkeit der Präsumtionstheorie, vollends der Extensivinterpretation ergibt sich endlich aus den durch die Novelle von 1896 geschaffenen Abs. II—IV des art. 75.

Danach gelten die Strafbestimmungen des Abs. I gleichmässig auch gegen diejenigen, welchen die Holzgewinnung an dem betr. Waldteile überlassen wurde, auch wenn sie nicht als Waldbesitzer im Sinne des art. 48 zu erachten sind und wenn eine solche Verurteilung erfolgt, ist der Waldbesitzer als zivilverantwortlich haftbar für die Geldstrafe mit zu verurteilen, sofern er nicht nachweist, dass er ausser stande war, die F.P.Ü. zu verhindern. Diese letztere Bestimmung bez. der Haftung findet aber keine Anwendung, wenn wegen der betr. Übertretung auch der Waldbesitzer als Mitinhaber oder Gehilfe bestraft wird, in welchem Falle alsdann die neue Samtverbindlichkeit des art. 57 eintritt.

Der Zweck dieser Ergänzung war nach dem Ausschussbericht, nichtverstandene Auffassungen [2]) zu beseitigen und klare Verhältnisse zu schaffen. Insbesondere heisst es von Abs. IV, dieser habe die Bedeutung, dass, wenn beide eine F.P.Ü. begangen haben, auch beide betraft werden sollen.

Aus diesem Abs. IV ergibt sich aber zur Evidenz, dass bei Abs. I die Schuld auf Grund des art. 70 nicht präsumiert sein kann, denn in diesem Falle hätten wir stets Thäterhaftung für den Waldbesitzer,

---

[1]) In der That wird auch nach der Praxis auf das Verschulden gar kein Gewicht gelegt. Man denke den Fall, dass in dem in Oberbayern gelegenen Wald eines in Würzburg lebenden Besitzers Delikte durch seine Bediensteten vorkommen. Er bekommt einfach seinen Strafbefehl. Und so konnte bis zur Novelle ein ganz wo anders befindlicher Besitzer, der stehendes Holz seines Waldes in völlig erlaubter Weise verkaufte, sich vor der Hand der Gerechtigkeit nur dadurch retten, dass er einen schriftlichen Kaufkontrakt vorwies, in welchem genau stipuliert war, wo und wieviel Stämme weggehauen werden dürfen. So kamen, sagt Ganghofer, manche Waldbesitzer ganz ahnungslos (!) in grosse Strafe.

[2]) Nämlich jene Extensivinterpretation.

während Abs. IV den Fall der Mitthäterschaft desselben als etwas Besonderes behandelt. Andernfalls würde eine Bestrafung des Waldbesitzers auf Grund der Präsumtion aus Abs. I, eine zweite auf Grund nachgewiesener Miturheberschaft aus Abs. IV, eine Bestrafung des Käufers und endlich noch die Zivilverantwortlichkeit des Waldbesitzers für diesen kumuliert sein. Auch die Zivilverantwortlichkeit im engeren Sinne offenbart hierbei ihr Wesen als formelle Garantie[1][2]).

ε) Die Konsequenzen endlich aus der hier vertretenen Auffassung von der Haftung des Waldbesitzers für seine Bediensteten sind die weittragendsten, wenn man bedenkt, dass ein sehr bedeutender Teil des Waldes im Eigentum juristischer Personen steht. $^2/_3$ des bayerischen Waldes ist Staats-, Stiftungs- und Körperschaftswald, d. h. Gemeindewald u. dgl. Dieses Verhältnis war schon zur Zeit des Erlasses des Gesetzes gegeben. In der neueren Zeit aber geht auch das Eigentum von Privatwald immer mehr in die Hände anderer juristischer Personen, Aktiengesellschaften, offene Handelsgesellschaften über. Die oben widerlegte communis opinio geht konsequenterweise dahin, dass die „strafrechtliche Verantwortlichkeit" des art. 70 wegen des Erfordernisses der Zurechnungsfähigkeit natürlich nur physische Personen und nur die befugten Vertreter der Gemeinden treffen könnte[3]).

Art. 69 St.G.B. von 1813 kann nicht in letzterem Sinne verwertet werden. Denn dieser erkennt die Strafbarkeit juristischer Personen[4]) sogar an und sagt, wenn die Mehrheit oder Gesamtheit der Korporationsmitglieder ein Verbrechen begangen hat, sollen bloss die schuldigen Einzelnen, nicht die Korporation, das Korporationsvermögen bestraft werden. Das bezieht sich aber nur auf Delikte der Mitglieder als solcher und hat auf unsere Bestimmung gar keinen Bezug. Der Bedienstete der Gemeinde ist nicht Waldbesitzer, sondern diese.

Vielmehr zeigt gerade die Haftung von Gemeinschaften für ihre Organe das Bild der formellen Garantie. Es ergibt sich dadurch weiter

[1]) Der Kuriosität halber ist Ganghofers Erklärung der neuen Bestimmung anzufügen (3. Aufl. S. 109): „Es sollen wegen F.P.Ü. auch die getroffen werden, welche, ohne dass sie nach art. 69 in Beziehungen zum Waldbesitzer stehen, mit Wissen und Zustimmung desselben Handlungen vornehmen, deren Vollzug die Erhaltung des Waldes bedroht", bez. wie es an einer anderen Stelle (S. 164) heisst, „welche eine Zuwiderhandlung gegen art. 70 (!) bez. Abs. I des art. 75 begehen, wobei unter Umständen, d. h. wenn er nicht im Sinne des art. 75 I als Teilnehmer bei der strafbaren Handlung erscheint, der Waldbesitzer, wenn er einem Dritten die Holzgewinnung im Schutzwald überlässt, von der Bestrafung bez. von der Zivilverantwortlichkeit befreit sein kann, soferne er nachweist, dass er ausser stande war, die durch die Holzfällung bewirkte F.P.Ü. zu verhindern."

[2]) Der Holzkäufer seinerseits hat nunmehr die Delikte seiner Untergebenen zu vertreten zufolge seiner dem Waldbesitzer analogen Stellung nach Abs. II.

[3]) So spricht sich eine E. d. O.L.G. v. 26. XI. 91, VI 637 dahin aus, der Waldbesitzer, welcher einen Kahlhieb vornehme oder durch Dritte vornehmen lasse, sei nach art. 75 strafbar. Es könnten aber nur Einzelindividuen, nicht aber moralische oder juristische Personen strafrechtlich verantwortlich gemacht werden, weil nur diesen in Beziehung auf eine Missethat Willens- und Handlungsfähigkeit zukomme. Folglich könne eine Handelsgesellschaft auch als Rechtssubjekt strafrechtlich nicht haftbar sein.

[4]) Näheres über diese Frage s. unten Kap. VIII.

ein Rückgriff des Gemeinwesens auf seinen Bediensteten, eventuell umgekehrt des letzteren auf jenes.

Und die Rückkehr zum deutschen Rechtsgedanken, wie dieser uns in der „Genossenschaft" entgegentritt und wie er sich in diesem Partikulargesetz instinktiv noch erhielt, ist heute dringendes Bedürfnis. Warum sollte, wenn ein Wald aus den Händen eines einzelnen Privaten in die einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung übergeht, nun plötzlich die Haftung für die Delikte der Bediensteten aufhören, die hier noch weit mehr indiziert ist? Und bei Gemeindewaldungen z. B. sind die sogen. befugten Vertreter selbst Bedienstete des Waldbesitzers, warum sollte die Gemeinde als Herrin des Waldes, die nebenbei auch die Nutzungen zieht, nicht haftbar sein für die polizeiwidrigen Handlungen jener, die ja auf die Bewirtschaftung des Waldes besonderen Einfluss haben, und ihrer übrigen Bediensteten.

Für die formelle Garantie aber, die Schuld im Einzelfall nicht voraussetzt, ist ihrem Wesen und ihrer historischen Entwickelung auch im Polizeistaat die Haftung juristischer Personen durchaus entsprechend. Der Haftausschliessungsgrund kann sich deshalb ruhig auf physische Personen beschränken; inwieweit er eventuell auch bei juristischen durch das Medium ihrer gesetzlichen Vertreter wirken möchte und über das analoge Verhältnis beim Geisteskranken oder strafunmündigen Garanten, davon wird später im Zusammenhang zu handeln sein.

Aus jener Konsequenz aber kann man, besonders wenn man die Rechtsgeschichte im Auge behält, einen Rückschluss auf das Wesen unserer Haftung ziehen[2]).

Am Schlusse der Untersuchung der forstgesetzlichen Haftungen angelangt, kann nochmals konstatiert werden, wie sich die Bestimmungen des art. 69 und 70 gegenseitig stützen und trotz der scheinbaren Widersprüche innerlich homogen den Haftungsgedanken widergeben.

Das pfälzische Recht anlangend haben wir dort im F.St.G. in art. 1 eine viel weitere Definition des F.F. Die Scheidung von eigenem oder fremden Walde fehlt.

Es ist daher mangels anderweitiger Bestimmungen für die Haftung bei F.P.Ü. für das pfälzische Recht (art. 13) überhaupt das zu sagen, was zu art. 69 erörtert wurde. Für die Behandlung der Privatwaldungen enthielten allerdings Bestimmungen, Ges. v. 6. Floreal XI, Dekrete v. 15. IV. 1811 und v. 6. XI. 1813, V.O. v. 15. XII. 54[3]), die aber, wirtschaftlichen, nicht kriminellen Charakters, für unsere Materie nicht in Betracht kommen.

---

1) Gierkes eigentümliche Konstruktion trifft in Wahrheit lauter formelle Haftungen.

2) Vergl. zum ganzen art. 52 bayr. Malzaufschlaggesetzes (oben im I. Kapitel citiert), der auch von „strafrechtlicher Verantwortlichkeit" und „Vorwissen" spricht, aber zweifellos einen Haftungsfall enthält und ausdrücklich jurist. Personen strafrechtlich verantwortlich macht.

3) Amtsbuch S. 150.

III. Das äussere Verhältnis bei der mittelbaren Haftung.

Nach dem sub II Gesagten steht jetzt noch zur Untersuchung das äussere Verhältnis von Garantenstrafe zur Thäterstrafe bei art. 69, über das sich unser Gesetz nicht explicite und präcise wie das preussische Recht ausspricht.

a) Die Annahme einer streng solidarischen Haftung ist schon durch den Wortlaut („für die Geldstrafe haften") ausgeschlossen, wie sich dies auch aus dem Gesichtspunkte der zivilen Ersatzhaftung ergeben würde.

Gegen eine Solidarität zwischen Thäter und Garanten mit Wahlrecht des „Gläubigers" d. h. des Staates und für eine Subsidiarität im Sinne des Wirksamwerdens der Haftung erst bei Zahlungsunfähigkeit des Thäters spricht aber das Wesen dieser Haftung. Selbst bei materieller Garantie würde die Garantenverschuldung gegenüber dem Delikt des Thäters in den Hintergrund treten, die formelle Garantie aber, wenn sie als Haftung für verwirkte Strafe auftritt, erfordert wegen ihrer accessorischen Natur noch weit mehr den primären Zugriff auf den Thäter[1]).

Die Subsidiarität ist bei der mittelbaren Haftung das Naturgemässe und daher im Zweifel, d. h. bei Stillschweigen des Gesetzes anzunehmen. Das Gegenteil müsste als Ungewöhnliches ausdrücklich im Gesetze gesagt sein[2]). Es wird die Zahlung der Geldstrafe bezielt, wo nicht durch den Thäter, so doch durch den Haftbaren.

Die Praxis greift ohne den mindesten Zweifel daher stets zunächst auf den Thäter[3]).

b) Das bayer. Gesetz setzt die Mittellosigkeit des Frevlers für die Realisierung der Haftung stillschweigend voraus, thut dies nur nicht ausdrücklich wie das preuss. Recht. Wo der Thäter etwas hat, muss er in erster Linie zahlen. Auch die Ausdrucksweise des Gesetzes „zivilverantwortlich und haftbar" deutet darauf hin. Die Haftbarkeit tritt effektiv erst ein bei Insolvenz des Dritten.

Das beweisen auch die Motive zu dem Zivilverantwortlichkeitsfall des art. 75, welche allein auf die Zahlungsfähigkeit abheben. Allerdings ist hier die Haftung im Gesetz ausdrücklich von der Insolvenz des Dritten abhängig gemacht. Ein argumentum e contrario aus dem Fehlen dieser Klausel bei art. 69 aber wäre nur berechtigt, wenn die Solidarität an sich selbstverständlich wäre, es ist vielmehr bei dem jüngeren art. 75 nur ausdrücklich gesagt, was bei art. 69 implicite gesetzt ist, und zwar dort wohl auch um des Gegensatzes zur sonstigen primären Haftung für F.P.Ü. willen.

---

1) Vergl. O.L.G. VIII 22: Die Haftung eines Dritten für die über einen andern verhängte Geldstrafe ist gar nicht denkbar, wenn diesem eine Strafe gar nicht auferlegt wurde.

2) Schenkel in Holtzend. Rechtslexikon I 869 nimmt für die mittelbare Haftung in den Forstgesetzen generell die Subsidiarität an (für den Fall der Uneinbringlichkeit) im Gegensatz zur unmittelbaren, alleinigen Haftung.

3) Vergl. auch O.L.G. IV 205 „Da die Zivilverantwortlichkeit, nachdem X. für diese Strafe ohnehin als ursprünglich verurteilter Thäter in erster Reihe haftbar war, keine rechtliche Bedeutung hat."

Aus dem Vorbehalt des Regresses könnte man zur Annahme einer Art Gesamtschuldverhältnisses und folgeweise einer Solidarität verleitet werden. Man könnte auch sagen, wenn Insolvenz Voraussetzung wäre, hätte der Regress keinen Sinn, und könnte damit die Klausel „wo eine solcher statt hat" in Zusammenhang bringen. Indes der Sinn der letzteren ist, wie schon angedeutet, ein anderer; weiter bleibt der Rückgriff dem späteren Zivilverfahren vorbehalten, auch deshalb, weil der Thäter hinterher wieder Vermögen erwerben kann; der Anspruch kann ausserdem durch Lohnabzüge und dergleichen realisiert werden; endlich geht das Regressrecht auch gegen andere Personen. Es hat dasselbe mit der Frage der Insolvenz gar nichts zu thun.

c) Den Schluss dieser Betrachtung und das Schlussglied der für die Subsidiarität anzuführenden Momente bildet die Art, wie die Umwandlung der Geld- in Freiheitsstrafe gegenüber dem Thäter geregelt ist. art. 54 F.G. enthält nämlich die Spezialvorschrift, dass die wegen Forstfrevels in einem Urteite oder Strafbefehle ohne Rücksicht auf die Zahlungsfähigkeit des Thäters ausgesprochene Geldstrafe in Haftstrafe gegen den Frevler (nachträglich!) umgewandelt wird, wenn durch ein Zeugnis des Erhebungsbeamten festgestellt ist, dass sie weder von dem Verurteilten, noch von den als zivilverantwortlich erklärten Personen beigetrieben werden kann [1]).

Diese Anordnung im Zusammenhalte mit dem Schweigen des Gesetzes über einen wahlweisen Zugriff ergibt die Reihenfolge der Vollstreckungshandlungen dergestalt, dass sich zwischen die Exequierung der Geldstrafe und die substituierte Freiheitsstrafe die Haftung einschiebt, auch nicht etwa mit Übergehung des Haftbaren gleich der Thäter eingesperrt werden kann.

Demgemäss ist das Resultat bei art. 69 **subsidiäre formelle Haftung bei möglicher Schuld** im Unterschied zur **alleinigen formellen Haftung bei möglicher Schuld** des art. 70.

IV. Auslegung des art. 88 F.G.

Hier ist endlich der Ort, die Bestimmung des art. 88 F.G. auf ihr Verhältnis zur Zivilverantwortlichkeit zu untersuchen.

A. Die Letztere steht unter den „Allgemeinen Bestimmungen über F.P.Ü. und F.F.", während jene den speziellen Teil unter dem Rubrum: Forstfrevel durch Beschädigung etc., eröffnet. Sie behandelt den Weidefrevel und lässt im Abs. I „denjenigen, welcher unbefugt Vieh im Walde hütet oder weiden lässt", eine nach Zahl und Art der Tiere berechnete „Strafe, vorbehaltlich des Rückgriffes gegen den Hirten oder Hüter erleiden".

Es liegt also ein Spezialdelikt mit eigener Strafe vor, nicht eine Zivilverantwortlichkeit, die als Haftung für die Strafe eines Anderen ganz unabhängig neben dieser aus art. 69 auch im Falle des art. 88 einherläuft. Und zwar ist es eine Bestrafung des Hirten oder des Viehbesitzers bezw. desjenigen, der das Verfügungsrecht über das Vieh hat, für eigenen vorsätzlichen oder fahrlässigen Weidefrevel. Wir haben

[1]) Ebenso pfälz. F.St.G. art. 5.

also eine That und einen Thäter, der einen Weidefrevel begeht, sohin einen scharfen Gegensatz zur Haftung.

α) Diese Auslegung ergibt sich namentlich mit Rücksicht auf den Regressvorbehalt ebenso wie die Rolle, welche die Zivilverantwortlichkeit dabei spielt, bei dem ungeschickten Wortlaut des Gesetzes nicht sofort.

Das Wort „hütet" bezieht sich natürlich nur auf denjenigen, der persönlich das Vieh bei der Weide beaufsichtigt, mag es ein Angestellter oder der Eigentümer selbst sein. Daher ist der Regressvorbehalt gegen den Hirten oder Hüter an sich hierbei nicht erklärlich. Was aber das „Weidenlassen" anlangt, so deutet dasselbe nicht auf ein Verhältnis des Eigentümers zum delinquierenden Hirten hin, sondern bezieht sich auf ein eigenes Delikt des Herrn.

Die Judikatur[1]) und die Kommentatoren sehen den Unterschied zwischen beiden Alternativen darin, ob das Weiden des Viehes mit oder ohne Aufsicht stattfand. Gegen diese Auffassung kann zunächst nicht eingewendet werden, nach art. 89 Z. 1 fänden „die Bestimmungen des art. 88 auch dann Anwendung, wenn die Weide ohne Aufsicht eines Hirten oder Hüters (art. 43 I[2])) ausgeübt wird", so dass nicht dort dasselbe gesagt sein könne. Denn der ganze art. 89 betrifft im Gegensatz zu der völlig unberechtigten Weideausübung durch Eingriff in das fremde Eigentum (art. 88) den Exzess der berechtigten Weideausübung durch Zuwiderhandlung gegen die forstpolizeilichen Vorschriften der art. 43 Abs. I, III, IV und 44 (Z. 1—4 des art. 89) seitens an sich weideberechtigter Personen, also im fremden Walde, während art. 77 II dieselben Thatbestände trifft, wenn sie im eigenen Walde hergestellt werden. Auf jene Fälle sollen die Bestimmungen des art. 88 analog angewendet werden.

Aber selbst wenn man diese Unterscheidung nicht aufrecht erhalten wollte, so bezeichnet das „Weidenlassen" doch und erst recht stets eine eigene deliktische Thätigkeit.

Es ist nämlich im pfälzischen Forststrafgesetz art. 26 wörtlich gleichlautend unserem art. 88 bis auf die weggelassene Regressklausel und die Einfügung eines Abs. VII[3]), welcher den diesseitigen art. 89 Z. 1 wiedergibt. Wegen dieser Vereinigung in einem Artikel könnte man obige Auslegung bestreiten und das „Weidenlassen" mit einer Fahrlässigkeit in der Aufsicht des Herrn über den Hirten bezw. mit einer Haftung in Beziehung bringen.

Dem art. 26 folgt aber ein weiterer art. 27, welcher lautet: Die Bestimmungen des obigen art. 13 über Zivilverantwortlichkeit finden auch gegen die Viehbesitzer wegen der von ihrem Hirten oder Hüter mit dem demselben zur Hut anvertrauten Vieh begangenen Weidefrevel Anwendung, vorbehaltlich ihres etwaigen[4]) Rückgriffes gegen den Hirten oder Hüter.

---

1) Vergl. E. d. O.L.G. v. 17. III 54, Zeitschr. I 376.

2) „Die Weide in den Waldungen darf nur unter der Aufsicht eines Hirten oder Hüters ausgeübt werden."

3) Abs. VIII bleibt ausser Betracht.

4) = „wo ein solcher statt hat".

Die 1896 als überflüssig gestrichene Überschrift: Strafen der Hirten, wollte nur besagen, dass der art. 27 da in Frage kommt, wo nach art. 26 den Hirten eine Strafe trifft.

art. 26 aber enthält demgemäss eine reine Strafvorschrift und ist daher das „Weidenlassen", auch wenn obige Unterscheidung nicht acceptiert wird, erst recht dahin auszulegen, dass nicht etwa der Eigentümer als solcher schlechthin ausser dem etwa vorhandenen Hirten, sondern nur dann aus dem Artikel zu strafen ist, wenn er nach den gewöhnlichen Strafrechtsgrundsätzen Subjekt des Delikts, des Weidefrevels ist. Auch vom Hirten kann das Weidenlassen des Viehes in Verletzung seiner Hutpflicht mitverstanden werden, nachdem das Gesetz nicht unterscheidet.

Für das diesseitige Recht gilt genau dasselbe. Denn was in der Pfalz im art. 26 und 27 gesagt ist, das ist hier durch eine unglückselige Breviloquenz im art. 88 vereinigt und verquickt. So kam der Regressvorbehalt in den Abs. I hinein und so erklärt sich die ganze Bestimmung. Es lässt sich das deutlich aus den Motiven nachweisen und gewinnen wir so daraus im Zusammenhalt mit dem vorbildlichen, aber deutlicheren pfälzischen Recht eine absolut sichere Grundlage für die Interpretation.

β) Bevor ich aber zu diesem Nachweise übergehe und zur richtigen Auslegung gelange, müssen vorher des Gegensatzes willen die irrigen Auslegungen vorgeführt werden.

Mit der bisher vertretenen Auffassung ist ja der Regressvorbehalt unverträglich, denn als Thäter oder Anstifter hätte der Besitzer des Viehes nie Regress. Es hat sich daher früher die Auslegung herausgebildet, dass unter allen Umständen die Eigentümer des Viehes als solche primär wegen Frevels verurteilt werden müssten, auch wenn sie ganz unschuldig seien. Man hat sich hierbei daneben noch gestützt auf Abs. V, wonach „in allen den vorbezeichneten Fällen die Eigentümer des Viehes" solidarisch in den Ersatz des verursachten Schadens zu verurteilen sind (s. unten sub B), weiter auf den Zusammenhalt von art. 69 Z. 6 (Zivilverantwortlichkeit für Frevel der Untergebenen in oder bei der Geschäftsführung) mit Z. 7 (bei Hirten und Hütern nur, soferne die Frevel bei der Dienstverrichtung geschehen). Durch obige Aufstellung verschwindet nämlich nach Reinhard[1]) diese letztere „Anomalie", da durch die unmittelbare Strafbarkeit[2]) die subsidiäre Zivilverantwortlichkeit fortfalle.

Dagegen kämpft Brater mit der Begründung, nur der könne gestraft werden, der an der That wissentlich Teil genommen habe und bei Z. 7 l. c. sei das Mehrere im Minderen enthalten. Im übrigen hat Brater, wie wir gleich sehen werden, das Verhältnis im allgemeinen richtig erkannt.

Gegenüber dem Angriff Braters lässt sich gar die E. d. o. G.H.

---

[1]) Die Untersuchung und Aburteilung der F.F. u. F.P.Ü. nach dem Ges. v. 28. III. 1852. Bamberg 1854. S. 41.

[2]) Ohne Schuld!

v. 5. V. 59[1]) durch den Regressvorbehalt zu folgendem verführen: Die am Eingang des art. 88 dem richterlichen Ermessen eingeräumte Wahl, wegen eines Weidenfrevels den Hirten oder Vieheigentümer in Anspruch zu nehmen, hänge damit zusammen, dass nach Absicht des Gesetzes kein Frevel vorkommen solle, für welchen nicht irgend jemand verantwortlich gemacht werden könne. Und gerade hier wäre der Thäter meist ein willenloses Werkzeug des Besitzers, bezw. durch den Mangel an Instruktion oder durch die Aufstellung unzurechnungsfähiger Personen mache sich der Vieheigentümer auch beim Mangel jeder gesetzwidrigen Absicht einer Nachlässigkeit schuldig; es solle also hier der Vieheigentümer unmittelbar in Anspruch genommen werden können, auch wenn der Frevel ohne sein Wissen geschehe. Demnach könnten der Hirte und der Vieheigentümer nebeneinander (also gar noch kumulativ!) jeder in die gesetzliche Strafe verurteilt werden und sei durch die eigene Verurteilung des Vieheigentümers dessen Zivilverantwortlichkeit für die Strafe des Hirten nicht ausgeschlossen[2]).

γ) Nach dieser Vorführung abschreckender Beispiele ergibt sich die richtige Auslegung jener Klausel von selbst aus den Motiven.

Schon die im Text an den Eingang gestellten Worte, „wer hütet oder weiden lässt", weisen mehr auf eine Strafbarkeit des Hirten hin, während bei der Strafbarkeit des Herrn der Regress ohnehin entfällt.

Die Motive[3]) aber sagen: „Nach den Bestimmungen des art. 78 (69) über die Verantwortlichkeit Dritter können die Eigentümer des Viehes stets mit der Strafe und dem Schadensersatze in Anspruch genommen werden, auch wenn sie nicht selbst, sondern ihre Hirten oder Hüter den Frevel begangen haben[4]). Es ist dies im gegenwärtigen Artikel mit Vorbehalt des Regresses an dem Hirten, wenn ein solcher gegen die Weisung des Eigentümers gehandelt hat, zur Vorsorge ausdrücklich wiederholt."

Wir haben also in jener Klausel lediglich eine Hinweisung auf die allg. Grundsätze des art. 69, dahin, dass neben der Strafe gegen den Thäter die stets für den Herrn vorhandene Zivilverantwortlichkeit für die Strafe des Hirten selbständig eintritt, wobei jener dann eventuell Regress gegen diesen hat. Um das auszudrücken, wurde der Regressvorbehalt in den Text eingeschoben. Grund dieser eigentlich überflüssigen und verhängnisvollen Wiederholung aber war das vorschwebende Bild des pfälzischen Rechts. Man wollte dasselbe sagen wie dort, nur in gekürzter Weise.

δ) Sohin sind für art. 88 folgende drei Fälle denkbar:

1. Der Eigentümer des Viehes selbst hütet rechtswidrig im fremden Wald oder lässt dort weiden. — Er wird allein gestraft, keine Haftung.

2. Sein Hirte oder Hüter hütet mit Wissen und Willen des Herrn rechtswidrig. Dann ist sowohl der Viehbesitzer als der Hirte strafbar und ersterer für letzteren als Dienstherr zivilverantwortlich. Nur dann

---

1) Zeitschr. I 245.

2) Nebenbei gesagt, liefert diese aus anderen Gründen falsche Unterstellung wieder einen Beweis für die Annahme formeller Haftung bei art. 69.

3) Motive zu art. 93 Entw. v. 1846 B. B. I. 240 ff.

4) Die zwei Deliktfälle des art. 88.

ist bloss der Viehbesitzer strafbar, wenn der Hirte wegen eines entschuldbaren faktischen Irrtums von der Rechtswidrigkeit der Weidenschaft keine Kenntnis hatte.

3. Der Hirte oder Hüter hütet rechtswidrig oder lässt weiden ohne Wissen und Willen des Vieheigentümers. Hier ist bloss der Hirte im Frevel, der Viehbesitzer aber zivilverantwortlich [1]).

Roth gibt nur im letzteren Falle ein Regressrecht, welches aber mit der Zivilverantwortlichkeit, nachdem das Gesetz selbst sich generell ausdrückt, stets verbunden werden muss. Abzüglich des Momentes der Absorption der Zivilverantwortlichkeit durch die Thäterstrafe findet sich auch bei Brater [2]) im wesentlichen die richtige Auslegung.

Richtig sagt auch E. d. O.L.G. v. 12. I. 82 [3]), in einem Falle, wo aus einer Mehreren gehörigen Herde einige Stücke die Anpflanzung betreten hatten, aber nicht feststand, wer der Eigentümer war, es komme für die Haftung lediglich auf das sie begründende Dienstverhältnis, nicht auf die Eigentümereigenschaft an. Und nach o. E. v. 14. V. 60 [4]) kann für die Weidefrevel einer Mehrere gehörigen Herde einer allein verurteilt werden. „Da jener der Dienstherr des bestraften Hirten ist, kann der Umstand, dass letzterer auch zu anderen Personen in gleichem Dienstverhältnisse steht, an der Zivilverantwortlichkeit des Ersteren nichts ändern", der überdies den Rückgriff gegen seine „Mitgesellschafter" hat.

ε) Die Novelle von 1896 hat in Strafmilderungstendenz einiges Neue gebracht, bes. durch Einführung des dem art. 56 analogen Abs. IV: Werden wegen desselben Weidefrevels mehrere Personen gleichzeitig verurteilt, so sind dieselben nur einmal, aber samtverbindlich in die Strafe zu verfällen. Dies gilt im besonderen auch dann, wenn Vieh von einer verschiedenen Eigentümern gehörigen Herde unbefugt zur Weide gekommen ist [5]). Der Ausschussreferent führte dazu aus [6]): Es verfügt ein neuer Absatz, dass, wenn mehrere Eigentümer wegen Weidefrevel zu verurteilen sind, sie nur einmal, aber gesamtverbindlich haften. Im Gesetz sei zwar auch bisher nicht gestanden, dass jeder beteiligte Besitzer mit der vollen Strafe für die ganze Herde zu belegen sei, aber die gerichtliche Praxis sei so gewesen [7]).

Es ist den obigen Ausführungen nichts hinzuzufügen, als dass nunmehr natürlich bei Mitthäterschaft des Hirten und Eigentümers der Regress des letzteren wegfällt.

B. Während so die Strafbestimmung des art. 88 zur Zivilverantwortlichkeit sich selbständig gesellt, geht die Schadensersatzdisposition des Abs. VI teilweise in jener auf.

---

1) Diese Auslegung wird ferner bestätigt durch eine Vergleichung des art. 30 pf. F.St G. v. 1831 mit art. 12 u. 13 des pf. F.St.G. v. 1846 und unserem art.

2) a. a. O. S. 552.

3) II 12.

4) Zeitschr. VII 199.

5) Die Motive s. V. d. K. d. A. 1895/96, BB. VII 149, 151.

6) a. a. O. St.B. VIII 378 ff.

7) In diesen Verhandlungen wird von „Weideberechtigten, die über ihren Berechtigungsbezirk hinaus weiden lassen", und von absichtlichem und fahrlässigem Eintrieb auf Weideplätze eines anderen gesprochen.

Hier ist nämlich bestimmt, dass die Eigentümer des Viehes in allen vorbezeichneten Fällen samtverbindlich in den Ersatz des durch Weidefrevel verursachten Schadens zu verurteilen sind[1]).

Schon Brater[2]) hatte auf den Interpretationsirrtum hingewiesen, als sei diese Bestimmung von der Zivilverantwortlichkeit ganz unabhängig. Betone man das Wort „Eigentümer" — so o. E. in Zeitschr. I 245 — so ergebe sich die Anomalie, dass die Strafe primär den Hirten, die Ersatzpflicht primär den Eigentümer treffe. Betone man dagegen das Wort „samtverbindlich", so bleibe die allg. Regel, dass der zur Strafe verurteilte Thäter auch zum Ersatz zu verurteilen, zugleich jedoch die subsidiäre Haftbarkeit des zivilver. Eigentümers in Bezug auf Strafe und Schadensersatz auszusprechen sei, und nur wenn nach den allg. Grundsätzen die Ersatzleistung den Eigentümer treffe und wenn eine Mehrzahl von Eigentümern beteiligt seien, so sollten diese nicht pro rata, sondern samtverbindlich haften.

Abweichend hatte o. E. v. 5. V. 54 u. 24. II. 64[3]) ausgesprochen, dass bei Weidefrevel die Eigentümer des Viehes ausschliessend und in allen Fällen ohne Rücksicht auf die Fragen der Verschuldung in den Ersatz des verursachten Schadens zu verurteilen seien und zur Beseitigung der Anomalie folgerte man aus Abs. VI auch eine direkte Strafbarkeit des Eigentümers in allen diesen Fällen.

Diese Auffassung verwarf aber O.L.G. v. 16. I. 85[4]) im Anschluss an Brater[5]).

So hat denn auch hinsichtlich des Hirten E. d. O.A.G. v. 21. I. 68[6]) anerkannt, dass nach art. 62 der eines Weidefrevels schuldige Hirte auch in den Ersatz des Schadens zu verurteilen sei. Interessant, wenn auch teilweise unrichtig, o. E. in der Samml. wicht. Entsch. d. o. G.H. III 545 u. VI 248: Der Dienstherr des Hirten sei als solcher nach art. 69, 7 zivilverantwortlich für Strafe und Ersatz, soweit nämlich dabei der Hirte in seinen Dienst stehend erscheine, und als Vieheigentümer hafteten die Mehreren samtverbindlich für den Ersatz, dagegen greife vermöge dieser ausdrücklichen Verfügung im Abs. V eine Solidarhaft der mehreren Eigentümer für Geldstrafe nicht Platz, die auch nicht aus dem Dienstverhältnisse der Hirten hergeleitet werden könne, nachdem diese im Dienste des einzelnen Vieheigentümers nur bezüglich der diesem gehörigen Viehstücke stünden. Da nach art. 88 I die Geldstrafe sich nach jedem einzelnen Viehstücke berechne, könne der Einzelne auch nur für den auf sein Vieh treffenden Betrag zivilverantwortlich sein.

Anzufügen ist endlich O.L.G.E. v. 26. I. 86[7]), welches zunächst

---

1) Und dieser darf nicht unter der Hälfte des Strafbetrags zuerkannt werden.
2) a. a. O. S. 552.
3) Zeitschr. XI 145.
4) III 317.
5) Vergl. auch hierher die Motive: „Hinsichtlich des Schadens haften mehrere Eigentümer des Viehes, welches in einer Herde frevelnd geweidet hat, nach art. 72 solidarisch, die Strafe trifft jeden pro rata der Viehzahl (wenn er überhaupt strafbar oder zivilverantwortlich ist).
6) E. d. Kass.Hofs II 46.
7) IV 20.

unrichtig sagt, Abs. V wolle neben einer besonderen Berechnung des Schadensersatzes die Haftung der Vieheigentümer als solcher und nicht bloss in ihrer Eigenschaft als Dienstherrn und zwar als solidarische festsetzen, dann aber fortfährt, der Straffällige habe doch stets auch für den verursachten Schaden zu haften, zumal die Haftung des Eigentümers entfalle, wenn dieser den von seinem Hirten allein gegen des Ersteren Wissen und Willen verübten Frevel nicht hätte verhindern können.

Es wird also doch wieder das Einschlagen des art. 69 anerkannt[1]).

Gegenüber diesen mehr oder minder konfusen Anschauungen ist die Auslegung unserer Gesetzesstelle in die Worte zusammenzufassen:

Mehrere Eigentümer des Weideviehes haften stets, wenigstens nach aussen, solidarisch für den Schadensersatz, es mag die Haftbarkeit wegen Selbstbeteiligung (art. 62) oder auf Grund der Zivilverantwortlichkeit stattfinden[2]).

V. Die Haftung des art. 122 P.St.G.B.

Die für den Feldfrevel und die Feldpolizeiübertretung[3]) geltende Haftung des art. 122 P.St.G.B. Abs. II (inneres Verhältnis) und Abs. III (äusseres Verhältnis) zeigt vielleicht am besten das Wesen und die historische Entwickelung der Garantie, obwohl und weil sie anscheinend auf ganz anderer Grundlage beruht wie die forstgesetzliche.

a) Schon die Entstehungsgeschichte hat uns belehrt, dass hier eine strafrechtliche Mitverhaftung im Unterschied zu der Zivilverantwortlichkeit des art. 69 und der unabhängig von jener sonst nach Massgabe der Zivilgesetze stattfindenden Verantwortlichkeit hervortritt, und im Gegensatz zu art. 70 das Vorwissen zur Haftung hinübergenommen ist.

Wie die Prot. des Ges.-Geb.-Ausschusses der K. d. A. S. 43 sagt auch E. d. o. G.H. VII 333, die Haftungsverbindlichkeit des Ehemanns fehle nicht etwa wegen eines Mangels an Autorität zu der Abhaltung, sondern weil man annahm, dass diese Verantwortlichkeit nach den in den einzelnen Landesteilen geltenden Gesetzen ohnehin schon bestehe. Damit sind aber, wie nicht anders möglich, Zivilgesetze z. B. der code civil gemeint.

Der Entw. v. 1855 hatte, wie wir gleichfalls wissen, die Haftung davon abhängig gemacht, dass die Übertretung mit Vorwissen oder im Interesse des Haftbaren geschah, während später an Stelle der letzteren Alternative die unterlassene Aufsicht trat.

---

[1]) Zu vergl. ist nach E. d. o. G.H. VI 244, dass im Fall der Freisprechung des Hirten der Eigentümer des betr. Viehes zum Schadensersatz nicht verurteilt werden kann, wenn er sich nicht selbst straffällig gemacht hat; und o. E. v. 18. III. 59, Zeitschr. VI 80: Der Hirte allein kann wegen des gegen ihn (für den Zivilverantwortlichen) vorbehaltenen Rückgriffs nicht die Berufung einlegen und kommt eine Verurteilung des Vieheigentümers als solchen hierbei nicht in Frage.

[2]) Die einschlägigen Bestimmungen der Vollzugsinstruktion v. 10. X. 79 (F.-M.-Bl. Nr. 23) §§ 34 und 35 bestätigen diese Interpretation.

[3]) Dies hier aber nicht die technische Unterscheidung wie im F.G., sondern ähnlich wie in den beiden preuss. Gesetzen.

b) Damit haben wir die Elemente der Garantie in dem heute massgebenden äusseren Momente des Vorteils.

Es ist nämlich in Abs. II unseres Artikels das gleiche Autoritätsverhältnis als Grundlage der Haftung gegeben, wie im Forstrecht, nur dass die einzelnen Kategorien der Haftbaren nicht enummeriert, sondern wie im preuss. Recht generell bezeichnet werden, und ebenso ist bei Kindern und Pflegebefohlenen die Hausgemeinschaft zweite Voraussetzung[1]). Dazu aber kommt das rein objektive Moment des Vorteils.

Es liegt der Gesichtspunkt vor, dass dabei in der Regel auch die Veranlassung von der Herrschaft wird ausgegangen sein, in engster Verbindung mit dem Gedanken, dass der Vorteil der Hausgemeinschaft erwächst, die der Vorstand derselben im Guten und Bösen nach aussen zu vertreten hat, zumal er die Autorität besitzt; mit anderen Worten, es leuchtet hier wieder durch das Prinzip der Wirtschaftseinheit, das später zu Garantiezwecken Verwendung findet, indem durch diese absolute Verantwortlichkeit der Gewalthaber veranlasst wird, für das Unterbleiben derartiger Delikte Sorge zu tragen, also auch sie nicht selbst zu veranlassen, und wenn sie dennoch geschehen, einfach dafür gestraft wird.

Eine Möglichkeit, sich von dieser Haftung zu befreien, ist im Gesetze nicht offen gelassen. Die Haftung setzt einfach an das Garantenverhältnis und das äussere Moment des thatsächlichen Vorteils, nicht auch an subjektive Thatbestandsmerkmale an. Hier von einer praesumtio iuris et de iure zu sprechen, ist völlig widersinnig.

Dass die eventuelle Urheberschaft nicht haftungsbegründend, sondern nur eines der legislativen Motive ist, darauf weist auch der mit unserem Abs. II in enger Beziehung stehende Abs. I hin: Sind die Frevel durch Familienangehörige, Dienstboten, Taglöhner, Hirten oder in ähnlichen Verhältnissen stehende Personen auf Befehl oder Anordnung des Familienoberhauptes vorgenommen worden, so soll nur der Befehlende gestraft werden. Dem metus reverentialis, der thatsächlichen Unterwerfung soll Rechnung getragen werden. Der Befehl, obwohl nicht rechtsverbindlich, ist Strafausschliessungsgrund.

„Ausserdem" tritt die Haftung ein, die sohin nach Wortlaut, Zusammenhang und Entstehungsgeschichte eine formale ist. Es kann auch nicht die Haftung eine Thäter-Garantenschaft sein, denn sie ist subsidiär der Thäterhaftung. Hätte der Haftbare Befehl gegeben und wäre er eben deshalb als Thäter zu betrachten, so wäre der physische Thäter nach Abs. I straflos, es könnte also der Befehlgeber nicht nur subsidiär verantwortlich sein.

Vielmehr liegt einfache **subsidiäre formelle Garantie** vor[2]).

c) Damit stehen wir bei der Charakterisierung des äusseren Verhältnisses, indem die Behauptung der Subsidiarität in diesem Sinne

---

1) Auch bei den ländlichen Dienstleuten wird meist Hausgemeinschaft vorliegen und drückt diese bei den Kindern auch die Abhängigkeit vor erfolgter Abteilung aus, so dass der Unterschied zwischen den ersten beiden und der dritten Haftungskategorie nicht so gross ist.

2) Derselbe Typus ergibt sich natürlich für den gleichlautenden § 47 I pr. Feldpolizeiordnung von 1847.

als Abhängigkeit der Haftung von der Insolvenz des Thäters nunmehr zu beweisen ist.

Abs. II spricht einfach von der Haftung für die begangenen Felddelikte[1]). Aber aus Abs. III im Zusammenhalt mit Abs. I ergibt sich deutlich die Subsidiarität. Abs. III nämlich bestimmt: Kann die Geldstrafe gegen den Thäter nicht vollstreckt werden, so ist sie von den gemäss Abs. II hierfür haftbaren Personen einzuziehen; sind auch diese unvermögend, so wird die Geldstrafe gegenüber dem Verurteilten in Haft umgewandelt.

Daraus ergibt sich, dass von einer Haftung für Unzurechnungsfähige hier nicht die Rede sein kann. Denn die beiden Sätze, die eine Reihenfolge für die Bestrafung statuieren wollen, stehen miteinander in untrennbarem Zusammenhang und ferner setzt eine Vollstreckung immer eine Verurteilung voraus, so dass der erste Satz allein schon beweiskräftig ist.

Die äussere Reihenfolge ergibt sich aus dem Obigen von selbst. Dass für die gleichfalls im Abs. II von der Haftung umfassten Entschädigungen eine solche nicht aufgestellt ist, thut der Subsidiarität auch der Schadensersatzhaftung keinen Eintrag. Denn bei diesen zivilrechtlichen Deliktsfolgen kann selbstredend an eine Umwandlung in Freiheitsstrafe nicht gedacht werden und sind dieselben ausschliesslich dem zivilen Austrag überwiesen; es genügt hier bei dem Zusammenhang das Stillschweigen des Gesetzes, dahin, dass wie die kriminelle, auch die zivile Haftung eine subsidiäre ist.

§ 23.

Die subsidiarische Vertretungsverbindlichkeit des Reichsrechts.

I. Vorbemerkung.

Die Haftungen der fiskalischen Gesetze bilden, ohne dass dabei die besonderen, eben fiskalischen Momente negiert werden sollen, einerseits in ihren äusseren Formen, andererseits in ihrem inneren Charakter ein wertvolles Material, um 1. die zivilistische Anschauung der Haftung Dritter für Strafe zu entkräften, 2. die strafrechtliche Natur derselben bestätigt zu finden, 3. den Garantiegedanken nachzuweisen, 4. die historischen Zusammenhänge, namentlich in unserem Jahrhundert, den Prozess der Umbildung von formeller in materielle Haftung, in dem wir noch stehen, und den Zusammenhang mit dem germanischen Recht nachzuweisen, 5. dadurch zugleich namentlich in den hier auftretenden Konsequenzen die herrschende Schuldtheorie zu bekämpfen, daneben 6. dieselben Garantietypen und -formen und noch einige neue zu finden.

Die drei von mir behandelten Rechtsgebiete stützen sich gegenseitig im Weg der Analogie.

---

[1]) Das alte P.St.G.B. hatte noch eine Bestimmung wegen des Befehls an Unzurechnungsfähige.

Es besteht über diese vorwürfige Materie eine reiche Speziallitteratur und kann daher meine Aufgabe hier nur darin liegen, durch den Nachweis der Anwendbarkeit der in dieser Abhandlung vertretenen Theorie die herrschende Lehre, die einseitige Deliktstheorie, andererseits durch den Nachweis der Einheitlichkeit der reichsgesetzlichen Vertretungsverbindlichkeit, die bei allen Zoll- und Steuergesetzen des Reiches auftritt, auf der Basis der Garantie auch die bei Stenglein besonders sich findende Differenzierung der Auffassung über die rechtliche Natur der einzelnen Haftungen und die von den Anhängern der ersten Theorie gemachte scharfe Scheidung der angeblichen Schuldarten zu beseitigen.

Und hier ist der geeignete Platz mit Rücksicht auf den Gegenstand der ganzen Abhandlung, die Judikatur der obersten Gerichtshöfe über die in diesem § zu behandelnden Gesetze, vor allem die des Reichsgerichts, kurz zu betrachten.

Dieser Überblick aber soll zuerst bethätigt werden, indem so am besten eine Unterlage für die theoretische Erörterung geliefert wird.

Vorher sei nur noch die allgemeine Bemerkung gestattet, dass der Gesetzgeber sich klar ist über die strafrechtliche Natur dieser Haftung. Es kann hier auf die diesbezüglichen Bemerkungen von Kleinfeller in der 1. Aufl. von Stenglein, S. 1068, verwiesen werden.

Wenden wir uns jetzt der Rechtsprechung im Zusammenhang und zwar des Entwickelungsganges halber in chronologischer Reihenfolge zu.

II. Die Judikatur.

A.

Über die früheren preussischen Steuergesetze, deren Judikatur hier einzufügen ist, begegnen zunächst zwei Entscheidungen des preuss. Obertribunals, die ohne nähere Begründung von einer „Zivilhaftbarkeit" des Brennereibesitzers sprechen[1]), ebenso findet sich diese Bezeichnung in einigen Überschriften von Oppenhoffs Rechtsprechung, die aber nicht offiziell sind.

Unbestimmt ist O.T.E. XXXI. 326.

Dagegen sprechen sich sehr entschieden für die kriminelle Natur aus O.T.E. XXVI 434, XXXVI 443 bes. 455 ff. und G.A. IX 690. Die erste dieser Entscheidungen, welche den bekannten § 19 des preuss. Zollstrafgesetzes von 1838 behandelt, erklärt: „Die subsidiäre Verhaftung, wenn auch in den daselbst (im Gesetz) bezeichneten persönlichen Verhältnissen begründet, ist doch nicht selbst ein Zivilrechtsverhältnis, sondern eine im Gesetz angeordnete Strafe der in den bezeichneten persönlichen Verhältnissen stehenden Personen selbst, die sie trifft, weil sie es nicht verhütet haben, dass die unter ihnen stehenden, näher angegebenen Personen eine Defraudation oder Kontravention begangen haben."

Typus der formellen Garantie mit möglicher Schuld!

Der an zweiter Stelle angeführte Plenarbeschluss führt ein Reskript v. 12. II. 22 an, wonach bei der Verhaftung der Gewerbetreibenden,

1) O.R. XI 474. O.T.E. XXIX 425.

Dienstherrschaften etc. für ihre Leute da, wo sie das Gesetz ausgesprochen hat, nicht bloss die Tendenz eines Zivilanspruches, sondern auch der Zweck einer Strafe als gleichzeitiges Abschreckungsmittel (!) zu Grunde liege. Das letztcitierte Erkenntnis endlich erklärt die subsidiäre Haftungsverbindlichkeit für eine und zwar eventuelle Strafe.

Die weitere Entwickelung zeigt O.T.E. v. 7. IV. 69[1]), von Oppenhoff überschrieben: Die auf die Zivilhaftbarkeit ..... bezüglichen Gesetze sind Strafgesetze. Die Haftung für Steuerdelikte des G. betr. d. s. H. sei strafrechtlicher Natur. Denn die bisherigen preuss. Gesetze von 1819 und 1860 seien sicher nicht von zivilrechtlichen Grundsätzen ausgegangen. Überdies handle es sich in diesen Fällen nicht um einen zu leistenden Schadensersatz, sondern um die s. H. für eine gegen Dritte verhängte Strafe. Diese eventuelle Verpflichtung beruhe aber offenbar nicht auf dem vermögensrechtlichen, dienstkontraktlichen oder Familienverhältnisse zwischen dem Unternehmer und seinem Stellvertreter bezw. Untergebenen. Er habe vermöge seiner Stellung als Prinzipal nicht allein die Verpflichtung, selbst nicht zu delinquieren, sondern auch sein Dienst- und Hilfspersonal dergestalt auszuwählen und zu beaufsichtigen, dass von diesem nichts Straffälliges begangen werde. Seine Haftung originiere also aus Selbstverschuldung, allerdings einer geringeren als die des Thäters und sei daher Strafe. Dabei sei allerdings die ältere preuss. Gesetzgebung von der Präsumtion ausgegangen, dass eine solche Pflichtverletzung auch ohne desfälligen speziellen Nachweis anzunehmen sei[2]). Demgegenüber sei das Bundesgesetz (betr. d. s. H.) eine Berichtigung und auch das mildere, weil nur eventuell gehaftet werde[3]).

O.T.E. v. 23. XI. 70[4]) sagt in Bezug auf dasselbe Gesetz, da der Ausdruck „eigentlicher Schuldiger" den defraudierenden Gehilfen im Gegensatz seines Herrn, der an der Thathandlung selbst sich nicht beteiligt hat, bedeute, könne der dolose und selbst strafbare Dienstherr gegen Wortlaut und Zweck des Gesetzes nicht einer Zivilhaftbarkeit entzogen werden, die ihn schon bei culpa treffe, nachdem er so die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erst recht verletzt habe.

Sehr wertvoll ist E. v. 20. III. 74[5]): Die Defraudationsstrafe wird vom Steuerpflichtigen verwirkt, so dass ihn direkt als den zunächst Verantwortlichen die gesetzliche Strafe trifft, ob er bei der Kontravention persönlich beteiligt, ob sie mit seinem Wissen und Willen verübt, oder infolge der Fahrlässigkeit in der Aufsicht geschehen sei[6]). Es bedürfe daher nach der Natur der Steuerdelikte weder der Feststellung einer strafbaren Absicht noch eines Versehens. Eine Ausnahme trete nach G. betr. d. s. H. ein, indem hier nur subsidiär und nur, wenn ihm die spezielle Fahrlässigkeit nachgewiesen sei,

1) O.R. X 200.

2) Historisch falsch. Vom späteren in das frühere hineininterpretiert, Schuldtheorie, hier neugeschaffenes Spezialdelikt.

3) Vergl. auch X 418, XI 314.

4) O.R. XI 474.

5) O.R. XV 165.

6) Das kann nicht alles auf einmal präsumiert sein, sondern liegt ununterschieden zu Grunde!!

gehaftet werde, und sei daher nicht anwendbar, wenn der eigentliche Schuldige nicht ermittelt sei.

Dass für alle Ordnungswidrigkeiten im Betriebe (im Gegensatz zur Hinterziehung, für die aber hinsichtlich der Anknüpfung der Strafe an den objektiven Thatbestand wesentlich dasselbe gilt) der Unternehmer und zwar nur der selbständige, nicht der Stellvertreter, allein und formell haftet, davon handelt O.T.E. v. 12. VI. 77 und 31. X. 78[1]). Ebenso XIX 216, XX 67 und 318: Der Brennereibesitzer haftet für die in seinem Betriebe vorgekommene Ordnungswidrigkeit, wenn der Thäter nicht ermittelt ist, selbständig und ohne den Nachweis einer besonderen Verschuldung.

O.T.E. endlich v. 4. VII. 79[2]) erklärt zum G. betr. d. s. H., die daselbst vorkommende Unbeschränktheit der Subsidiarhaft habe einen naheliegenden inneren Grund; denn es werde sich weder vorausberechnen noch im Einzelfall speziell nachweisen lassen, welchen Einfluss die Mitwirkung des Vorbestraften im Betriebe auf die von anderen Gewerbsgehilfen begangenen Steuerdelikte gehabt habe.

B.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts anlangend, so ist zunächst in Entscheidung v. 24. III. 80[3]) gesagt, § 153 V.Z.G. lasse den Auftraggeber des an sich erlaubten Geschäfts, den Vater etc. haften, soferne die Zollübertretung nicht ohne sein Wissen ausgeführt sei; es lege also nicht dem beim Vergehen Mitbeteiligten über seine eigene verwirkte Strafe eine Haftung für die gleiche Strafe des Mitthäters, sondern dem nach strafrechtlichen Grundsätzen nicht beteiligten Vater eine subsidiäre Haftung auf, welche sich einer strafrechtlichen Haftung nähert.

Im Gegensatz dazu steht die besonders wichtige E. v. 6. XI 80[4]). α) Diese geht davon aus, dass für das richtige Verständnis des G. betr. d. s. H. die geschichtliche Entwickelung der preuss. Gesetzgebung nicht ausser Acht gelassen werden dürfe. Nachdem zuerst das A.L.R. eine ganz uneingeschränkte Haftung der Gewerbetreibenden für die Defraudationen ihrer Angehörigen ausgesprochen habe, sei durch die späteren Bestimmungen diese Haftbarkeit auf eine solche mit dem Vermögen und auf den Fall der Vermögensunzulänglichkeit des Defraudanten beschränkt. Danach sei die für letzteren Fall eintretende Haftverpflichtung des Gewerbetreibenden lediglich an die Thatsache der Verurteilung des Ersteren in die durch das Gesetz vorgesehene Geldstrafe geknüpft. Das Gesetz wolle dem Staate für die Defraudationsstrafe des Gehilfen aus dem Vermögen des steuerpflichtigen Gewerbetreibenden heraus, welcher jene Zuwiderhandlungen nicht verhindert hat, unangesehen

---

1) XVIII 405, XIX 504.
2) XX 326.
3) E I 334. R I 504.
4) E III 105. R II 461.

ob ihn dabei ein Verschulden trifft, Sicherung gewähren. Formelle Garantie bei möglicher Schuld.

β) Die E. fährt fort, hinsichtlich des Verhältnisses der Haftung zur Teilnahme, die Argumentation, dass dolus die culpa und daher die eigene Mitthäterschaft die Haftung ausschliesse, die als eine Strafe wegen Fahrlässigkeit aufgefasst werde, sei unzutreffend. Die dabei in Bezug genommenen strafrechtlichen Grundsätze hätten auf die durch singuläre gesetzliche Vorschrift verordnete subsidiarische Vertretungsverbindlichkeit der Gewerbetreibenden keine Anwendung. Letztere erscheine vielmehr, wie dies auch bei den Verhandlungen zum G. v. 21. IX. 1869 anerkannt worden sei, als ein eigentümliches Produkt positiver Gesetzgebung. Aber weil die Haftung in den allgemeinen Grundsätzen über Zurechnung strafbarer Handlungen ebensowenig ihre Begründung finde als in den zivilrechtlichen Grundsätzen über Haftung für fremde Handlungen, könne aus diesen Grundsätzen nicht eine Einschränkung der Subsidiarhaft hergeleitet werden, die ohne Zusammenhang mit der durch Thäterschaft oder Theilnahme begründeten Verschuldung sei. Die durch eigene Handlung verwirkte Strafe und die aus der strafbaren Handlung des Dritten entspringende Zahlungsverpflichtung bestünden also, als auf verschiedenen Straf- und Rechtsgründen beruhend, selbständig nebeneinander.

γ) Weiter ist ausgeführt, das A.L.R. und die Dekl. v. 1812 hätten noch die unmittelbar eintretende unbedingte Haftung, die Steuerordnung dagegen schiebe die fruchtlose Zwangsvollstreckung gegen den Thäter als Voraussetzung ein, wobei sie den Ausdruck „eigentlicher Verbrecher" einführt. Dieser solle daher im Sinne der Milderung das Verhältnis des Haftenden zum Thäter als erst in zweiter Linie Aufkommenden bezeichnen.

Das G. betr. d. s. H. habe nur eine Berichtigung der früheren Gesetzgebung bezweckt, wollte den Redlichen schützen, den Unredlichen mit Strafe bedrohen. Danach sei zwar die Subsidiarhaft an den Nachweis des dort näher bezeichneten Verschuldens geknüpft, die Teilnehmerstrafe aber davon ganz unabhängig. Die Unterstellung sei falsch, als ob Voraussetzung der Haftbarmachung lediglich die im Mangel der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes bestehende Fahrlässigkeit sei, der dolus begründe erst recht die Haftung.

Die E. schliesst und damit ergibt sich der Zusammenhang mit den anderen Materien dieser Abhandlung[1]), dass der Grundsatz, wonach die zur Aufsicht über die ihnen untergebenen Personen Berufenen für die gegen die letzteren wegen bestimmter Zuwiderhandlungen verhängten Strafen zu haften haben, und zwar unabhängig von der sie selbst treffenden Strafe, vor und nach der Emanation des Bundesgesetzes auch in anderen Gebieten der preuss. Gesetzgebung ausdrückliche Anwendung gefunden habe.

Diese Entscheidung ist in jeder Beziehung hochbedeutsam, während später der Zusammenhang vergessen und immer mehr in die einseitige Deliktsauffassung eingelenkt wird.

[1]) Gegen Büren!

E. v. 25. XI 82 [1]) spricht aus, der Begriff der Fahrlässigkeit im allg. strafrechtlichen Sinne komme beim Ges. betr. d. s. H. nicht in Frage, während gleich darauf bei Anwendung des § 66 St.G.B. auf die Verjährung der Haftungsverbindlichkeit von der Beitreibung der seitens des Haftbaren geschuldeten Summen als von Vollstreckung der Strafe gesprochen wird.

Bezugnehmend auf dieses Urteil lässt E. v. 7. VI. 83 [2]) die subsidiäre Verantwortlichkeit auf besonderer gesetzlicher Pflicht der Diligenz beruhen, welche sich auf den Brennereibetrieb, die Auswahl und Anstellung des Hilfspersonals im allgemeinen, nicht auf die konkreten Zuwiderhandlungen beziehe, und betont die „eventuelle Strafbarkeit" des Haftbaren gegenüber „dem Hauptschuldner".

E. v. 21. XII. 86 [3]) legt den Unterschied der früher unbedingt, ohne Rücksicht auf Verschulden, daher auch bei nachgewiesener Nichtschuld eintretenden Haftung des Brennereibesitzers und der nun an die Verletzung der bezüglichen Diligenz geknüpften dar und zeigt ferner, dass bei Anstellung eines vorbestraften Verwalters es nicht darauf ankomme, ob dieser die haftungsbegründende That begangen habe, weil die Mitwirkung eines durch seine Bestrafung als unzuverlässig Ausgewiesenen eine hochgradige Gefährdung des Steuerinteresses mit sich bringe.

E v. 23. V. 87 [4]): Die subs. H. dritter Personen für Strafe u. s. w. in Zollstrafsachen, befinde sich im 20. Abschnitt, dessen Überschrift „Strafbestimmungen", wie der Zusammenhang mit den Bestimmungen des § 134 ff. ergebe, dass das Gesetz den Eintritt dieser subsidiären Verpflichtung als eine gegen die betr. dritte Person eintretende strafrechtl. Folge des vom Thäter begangenen Delikts und als ein jene Personen treffendes Strafübel auffasse, dessen Realisierung im Strafverfahren zu erfolgen habe.

Nunmehr beginnt die Verwirrung der Begriffe in E. v. 29. I. 91: [5]) § 153 V.Z.G. ruhe ausweislich seines Abs. III auf der Vermutung vorsätzlicher oder fahrlässiger (?) Mitverschuldung; um ihre Verantwortlichkeit in Auswahl und Beaufsichtigung zu verschärfen bedrohe das Gesetz sie in Form der subsidiären Haftbarkeit gleichfalls mit einem Strafübel. Deshalb seien diese „für die Hauptschuldigen strafrechtlich mitverantwortlichen Teilnehmer" als Prozessbeteiligte in demselben Verfahren zu behandeln, in welchem über die massgebende Vorfrage der Schuld der Hauptthäter entschieden werde.

Weiter ist bezügl. der Wendung „bei der Ausführung von Dienstverrichtungen" gesagt, die Defraude müsse allerdings in unmittelbarer Beziehung stehen zu der übertragenen Verrichtung, dergestalt, dass ohne solche Übertragung das Delikt gar nicht hätte verübt werden können, nicht aber müsse das Defraudationsunternehmen inhaltlich hineinfallen in die übertragene Verrichtung. Denn die subs. Haft-

---

1) E VI 382.
2) E VIII 362. R V 411.
3) R VIII 776.
4) R IX 330.
5) E XXI 332.

barkeit solle nach der Absicht des Gesetzes für die dort vorausgesetzten persönlichen Beziehungen zweifellos als die Regel gelten, nicht sei Anstiftung nötig.

E. v. 30. V. 90[1]) sagt für die andere, mit der Diligenz arbeitende Gesetzesgruppe, die Haftung sei keine unbeschränkte und bedingungslose, insbes. nicht eine derartig notwendige Folge der Zuwiderhandlung, dass sie mit der Verurteilung des eigentlichen Thäters als untrennbarer Teil der Strafe ausgesprochen werden müsse, sie trete vielmehr nur unter besonderen thatsächlichen Voraussetzungen, nämlich der Verschuldung, ein und treffe für diese als besonderes Strafübel.

Dem schliesst sich E. v. 23. II. 94[2]) an. „Dass jener für die Straffolgen einer fremden That verantwortlich gemacht wird, schliesst, wie in anderen Fällen accessorischer Beteiligung nicht aus, dass gegen ihn die Hauptthat selbständig festzustellen und er mit allen dieselbe betreffenden Einwendungen, ob sie aus der obj. Beschaffenheit dieser Strafthat oder aus der Person des Thäters zu entnehmen seien, zu hören ist.

Ferner analysiert diese E. noch den Entlastungsbeweis des § 32: Wortlaut und Entstehungsgeschichte bewiesen, dass dieser den Eintritt der Subsidiarhaft an ein anderes und zwar weitergehendes Verschulden habe knüpfen wollen als § 66 älteren Btwst.Ges. Das ev. geringfügige Verschulden bei der Anstellung sei eliminiert. Die Unterlassung des zur Pflicht gemachten Abhaltens setze voraus die Hinderungsmöglichkeit, weshalb ihm, da aus der blossen Thatsache der Zuwiderhandlung das nicht gefolgert werden könne, der Nachweis dieser beiden Punkte erbracht werden müsse. Dieses Unterlassungsdelikt sei dem § 361, 4 und 9 St.G.B. nachgebildet und erfordere, wie dieser nicht das Vorhersehen der Defraudation oder das Wissen um dieselbe.

Im Vorübergehen zu vergl. ist ein E. v. 27. X. 93[3]): Die subs. Haftbarkeit des § 38 Brausteuergesetzes habe mit der prinzipalen Verantwortlichkeit für eigene Verfehlungen nichts zu thun, ebenso nichts mit der gegen § 13, wonach jedem Brauer die Pflicht auferlegt ist, seine Malzvorräte nur an den angezeigten Orten zu verwahren. Die Unterlassung dabei (bei § 13) durch eingehendere Beaufsichtigung des Betriebes Zuwiderhandlungen seiner Bediensteten in dieser Richtung zu verhindern, erheische eine selbständige Bestrafung.

E. v. 17. IV 94[4]) gibt eine gute Übersicht über die in O.T. u. R.G. hervorgetretenen Meinungen über das Verhältnis von Haftung und Teilnahme und fixiert dieses dahin, dass, wenn der Haftpflichtige selbst beteiligt ist, ihm eine doppelte Zahlung obliegt, einmal als Strafe, dann als Haftung für Untergebene und Angehörige, da das Gesetz nicht unterscheide, ob er beteiligt ist oder nicht. Im gegenteiligen O.T.E. v. 19. X. 54 sei übersehen, dass die eigentümliche Einrichtung der subsidiären Verhaftung in den verschiedenen Zollgesetzen wie in § 19 pr. Jagdpolizeiges. überhaupt nicht mit den allg.

[1]) E XXIV 198.
[2]) E XXV 137.
[3]) E XXIV 353.
[4]) E XXV 293.

Grundsätzen des Strafrechts in Einklang zu bringen sei, sondern auf besonderen Zweckmässigkeitsgründen beruhe[1]).

E. v. 1. VII. 95[2]) endlich erklärt, eine wirkliche oder präsumtive Mitverschuldung sei allerdings der Grund der Haftung des § 153 V.Z.G., aber sie allein genüge nicht, um die Haftbarkeit zu begründen, vielmehr verlange das Gesetz als äussere Erscheinungsform der Kausalität, dass der Angestellte bei Ausführung der ihm vom verhafteten Teil übertragenen Verrichtungen delinquiert habe. Der durch die Art des Betriebes verstärkten Möglichkeit des Delinquierens der Angestellten, denen ein ganz besonderes Vertrauen geschenkt werden müsse, habe das Gesetz als Gegengewicht die subsidiäre Haftung der Eisenbahnen gegenübergestellt, welche jene Möglichkeit geschaffen hätten, so dass ohne dieses Dienstverhältnis das einzelne Delikt in seiner konkreten Erscheinungsform gar nicht hätte verübt werden können[3]). E. v. 25. XI. 99 s. S. 146 N. 2.

III. Juristische Konstruktion.

Aus dem im Vorstehenden gebrachten wertvollen Material ergibt sich von selbst die volle Anwendbarkeit des Garantieprinzips auf unsere Gesetze und zwar die Entwickelung aus formeller Haftung. Auch ich unterscheide diese Gesetze in zwei Gruppen, in denen bei Gemeinsamkeit des Grundgedankens die Umwandelung von formeller in materielle Garantie ersichtlich ist.

A. Die erste wird geführt und nachdem die anderen Gesetze lediglich Nachbildungen sind, repräsentiert von § 153 V.Z.G.

Dieser legt gewissen Rechtssubjekten eine Haftung für Strafe etc. auf, welche sich, soweit physische Personen in Betracht kommen, auf die Zahlung der fälligen Abgabe einschränkt, wenn jene den Nachweis führen, dass die Zollübertretung ohne ihr Wissen verübt worden.

1. Es ergibt schon der Wortlaut und die Stellung der einzelnen Positionen der Bestimmung deutlich, dass die Haftung nicht durch Schuldpräsumtion, sondern ausschliesslich durch das Garantenverhältnis und das fremde Delikt begründet wird, während die Schuld nur hinterher im Haftausschliessungsgrunde negativ auftritt.

Denn α) in Abs. I haben wir eben jene haftungsbegründenden Verhältnisse, dann kommt in Abs. II die Schilderung des äusseren Verhältnisses und erst nachdem so das Bild der Haftung fertiggestellt ist, in Abs. III die Möglichkeit des Wegfalles derselben in einzelnen Fällen und bei gewissen, nicht allen Haftungskategorien des Abs. I.

---

1) Einen interessanten Fall formeller Garantie bringt E XXVI 300, welche ein badisches Steuergesetz behandelt, wonach für die gegen die Gesellschaft erkannte Geldstrafe nicht etwa der Vorstand, sondern sämtliche Mitglieder unmittelbar und solidarisch haften. Weil Verschulden oder Nichtverschulden der Gesellschafter nicht unterschieden sei, sondern nur technische und fiskalische Gesichtspunkte Mass gäben, lehnt R.G. den kriminellen Charakter dieser Haftung ab.

2) E XXVII 325.

3) Zum bayer. Malzaufschlagges. wäre noch zu vergl. E. d. o. G.H. Bd. V 197 und bezüglich der Haftung des Direktors einer Aktiengesellschaft wegen seiner Verpflichtung zur Kontrolle des Betriebes: E. d. preuss. Kammergerichts Jahrb. XI 222.

β) Ferner haben wir, was Abs. I anlangt, und damit steht das letzterwähnte im Zusammenhang, dortselbst in Z. 1 die weitere Haftung der Handels- und Gewerbetreibenden, der Personen also, die ex professo mit den Zollbehörden zu thun haben, für ihre Gewerbsgehilfen, ständige oder unständige, für Ehegatten, Kinder oder sich gewöhnlich bei der Familie aufhaltende Personen im Gegensatz zu der in Z. 3 auf die Ehegatten und Kinder beschränkten Haftung der gewöhnlichen Privaten z. B. der Vergnügungsreisenden.

Mitten zwischen diesen beiden Klassen drinnen steht die Haftung der Eisenbahnverwaltungen und Dampfschiffahrtsgesellschaften für ihre Angestellten und Bevollmächtigten.

Die unpersönliche Ausdrucksweise ist bezeichnend. Es sind die nackten juristischen Personen, die da haften, nicht die Vorstände und Leiter des Betriebes, für die nach der Fassung des Textes („Angestellte und Bevollmächtigte") gleichfalls gehaftet wird. An eine persönliche Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertretungsorgane ist gleichfalls nicht gedacht. Diesen (den Gegensatz zur physischen Persönlichkeit bildenden) Rechtsbegriffen aber kann man unmöglich eine Schuld imputieren, was auch dem Gesetzgeber, der nur bei der Klasse 1 und 3 einen Haftansschliessungsgrund zulässt, ganz ferne liegt. Eine praesumtio iuris et de iure im Unterschiede zu den „Vermutungen, die nach Abs. III widerlegt werden können"[1]), würde also hier, abgesehen von ihrer eigenen begrifflichen Haltlosigkeit nicht gerechtfertigt werden können[2]).

Und nun ist diese ausser allem Zweifel formelle Haftung zwischen die beiden Fälle der Haftungen zunächst physischer Personen gestellt. Dadurch wird aber bei dem gleichen, gemeinsamen Grund und Zweck aller dieser Haftungsfälle auch äusserlich deren gleichartige juristische Konstruktion im Sinne der formellen Haftung angedeutet. Hätte man doch andernfalls die formelle Haftung der jurist. Personen entweder an erster oder an letzter Stelle setzen und die beiden angeblich materiellen, zusammengehörigen Haftungen folgen lassen bezw. voranstellen müssen. Es hätte logischerweise dann sogar die Z. 2 als die

---

[1]) Vergl. z. B. Stenglein Bem. zu § 43 T.St.G., wo es heisst: Die Vermutung kann aber widerlegt werden, ebenso Haimann.

[2]) Vergl. Stenglein Bem. 2 zu § 153 S. 870: „Den Eisenbahnverwaltungen und Dampfschiffahrtsgesellschaften ist die Haftung unbedingt überbürdet, es gestaltet sich die Vermutung also (!) als Schuldvermutung." Auch das Reichsgericht, E. v. 28. V. 80, E II 72 behauptet, dass wenigstens eine culpa in eligendo vorliegen müsse, was gegenüber dem Gesetzestext ganz aus der Luft gegriffen erscheint. Wenn überhaupt etwas präsumiert werden könnte, dürfte es doch nur die Mitwissenschaft sein. Gleicherweise wie R.G. Binding, Hdbuch § 5 Anm. 1. Ebenso unrichtig die soeben publicierte R.G.E. v. 25. XI. 99, XXXII 380: „Die Eisenbahnverwaltung als jurist. Person (!) kann nur durch die zu ihren Vertretern berufenen Personen thätig werden. Diesem Verhältnis der Stellvertretung in der Verantwortlichkeit, in Übereinstimmung mit dem auch sonst in Zoll- und Steuersachen geltenden Grundsatz, dass der Staat sich wegen Erfüllung der Zoll- und Steuerverbindlichkeiten an die Sache und ihrem Inhaber (!) hält, entspricht § 153 I 2, welcher auf der durch keinen Gegenbeweis zu entkräftenden — denn nur Nr. 1 und 3 ist im Abs. III erwähnt — Vermutung einer Mitverschuldung der Eisenbahnverwaltung (!) für die Zolldelikte ihrer Angestellten, sei es in Auswahl und Beaufsichtigung der letzteren, sei es in den dienstlichen Einrichtungen, beruht".

schärfste Haftung zuerst gestellt werden müssen, dann durch die Profession mit jener verbunden, die jetzige Z. 1 und endlich die mit dieser durch das Moment der physischen Person und der Hausautorität zusammengehaltene Z. 3 folgen müssen. So aber hat der Gesetzgeber nicht ohne Absicht jene Haftung in die Mitte gesetzt, vom phys. Gewerbsmann ausgehend und beim Privaten endigend. Überdies werden alle drei Ziffern schon im Text durch den gemeinschaftlichen Schlusssatz des Abs. I recht augenfällig verbunden, wonach sich die Haftung erstreckt auf die Geldbussen, Zollgefälle und Prozesskosten, in welche die solchergestalt zu vertretenden Personen wegen Verletzung der zollgesetzlichen und Zollverwaltungsvorschriften verurteilt worden sind, die sie bei Ausführung der ihnen von dem subsidiarisch Verhafteten übertragenen oder ein für allemal überlassenen Handels-, Gewerbs und anderen Verrichtungen zu beobachten hatten.

2. Damit haben wir das zweite und zwar das innere Moment, welches die speziellen Garantenverhältnisse sämtliche auf eine gewisse Richtung lenkt. Es wird gehaftet, soweit die Gelegenheit reicht, die man seinen Untergebenen durch Verwendung im Betriebe oder sonstige Aufträge, bei welchen eine Verzollung in Betracht kommt, zum Defraudieren gewährt.

So verbinde ich mit dem speziellen Nachweis, dass man die Z. 2 nicht von der Z. 1 und 3 unseres § trennen darf, an der Hand dieser Gesetzesstelle, aber über sie hinaus die Erörterung des gemeinsamen Grundes sämtlicher fiskalischer Haftungen. Es greift hier im engsten Zusammenhang mit dem eben dargelegten Gesichtspunkte überall der auch bei der II. Lesung des B.G.B. zum Ausdruck gebrachte Grundsatz durch: Ein jeder haftet für seine Abnormität. Es bringt schon der Betrieb der Verkehrsmittel natürlich die erhöhte Gefahr der Zollhinterziehung für die transportierte Ware mit sich[1]) und ebenso ist es mit dem Betriebe eines steuerpflichtigen Gewerbes, einer Brennerei, einer Tabak- oder Zuckerfabrik[2]).

Und in engster Verbindung mit jenen beiden Momenten stehend bricht auch hier wieder durch das Prinzip der Wirtschaftseinheit. Wird ja hier überall der eigentliche Steuerpflichtige haftbar gemacht. In seinem Interesse, nicht in dem ihren, die die Sache direkt gar nichts angeht, hinterziehen die Untergebenen, vielleicht bona fide, dem Staate die Gefälle, jener hat den Vorteil und er steht bei der ganzen Sache im Hintergrund, ist wahrscheinlich der veranlassende Teil; und so muss er auch den Nachteil tragen und in der Haftung für die Strafe sich selbst strafen lassen aus dem greifbaren Moment der Thäterschaft des anderen heraus, er als Chef des Betriebes. Im Nachzahlen des hinterzogenen Betrages erfüllt er bloss seine gesetzliche Steuerpflicht und so erklärt sich die an der Spitze von mir angeführte Bestimmung im Abs. III, welche den Ersatz des damnum emergens betrifft.

Dieses Moment verbindet Z. 3 deutlich mit den beiden ersten Positionen. Zugleich aber hat der Haftbare als Inhaber des Betriebes durch

[1]) s. zu diesen zwei Gesichtspunkten die sub II citierten R.G.Entscheidungen.
[2]) Dem gleichen Zwecke wie die Haftung dienen die scharfen Kontrollbefugnisse der Steuerbehörde gegenüber dem Fabrikanten.

ordentliche Kontrolle dafür zu sorgen, dass bei demselben nicht defraudiert wird. Damit haben wir das Garantieprinzip. Auch die Eisenbahnverwaltungen, an ihrem Interesse gepackt, sollen garantieren, für das Unterbleiben der Delikte einstehen, durch Aufstellung zuverlässiger Beamter und Bediensteter und durch gute Controlleinrichtungen, bezw. wenn delinquiert ist, die Strafe zahlen.

Das Moment der formellen Garantie, das natürlich auch der eigenen Thäterschaft prävenieren will, einigt die drei Fälle unseres § zu einem Ganzen[1]).

3. Damit gelangen wir zur Betrachtung des Haftausschliessungsgrundes in Abs. III. So erklärt sich nämlich das „Wissen um die Verübung der That", das als gesetzliches Motiv in der Richtung auf Urheberschaft und unterlassene Verhinderung sich darstellt, aber nicht im Gewande der Präsumtion die Voraussetzung der Haftung bildet. Stenglein sagt, es liege hier die Vermutung vorsätzlicher oder fahrlässiger Mitschuld vor. Abzüglich der Präsumtion ist dieser allgemeine Ausdruck ganz richtig. Nun schliesst aber, wie gesagt, das „Vorwissen" die zwei Möglichkeiten: Urheberschaft und unterlassene Hinderung ein. Würde aber der Haftausschliessungsgrund in eine Schuldpräsumtion verwandelt, so könnte nicht ausschliesslich die eine Möglichkeit präsumiert sein und beide zugleich können es doch erst recht nicht. So ergibt sich schon aus Stengleins Zusammenstellung der beiden Ausdrücke die Unvereinbarkeit derselben unter der Präsumtion, eine fahrlässige Miturheberschaft ist doch wohl ein Unding, und eine fahrlässige Mitschuld im Sinne materieller Garantie ist eben keine Mitschuld mehr, sondern eine besondere Schuld für ein anderes Delikt. Und so ergibt sich auch hier, da die Schuld in der Negative auftritt, der haftungsbegründende Thatbestand aber nicht unterscheidet und weit darüber hinausgehend alle Fälle umfasst, wo ein fremdes Delikt vorliegt, in doppeltem Sinne Inkongruenz des Gegenbeweisthemas mit der angeblich vorausgesetzten Thatsache.

Für die Anhänger der Präsumtionstheorie müsste das angebliche „Mitwissen" sogar vorzüglich im Sinne der Miturheberschaft im Gegensatz zu der culpa in eligendo und custodiendo und dem selbständigen Unterlassungsdelikt der übrigen Gesetze gedeutet werden. Die Eigentümlichkeit endlich, die sich dadurch ergeben würde, wenn man den Haftbaren als präsumierten Mitthäter und als wirklichen Thäter doppelt strafen würde, brauche ich nicht zu urgieren. Und Stenglein begeht eine Inkonsequenz, wenn er den Haftbaren dem eigentlichen, dem Hauptschuldigen gegenüberstellt und deshalb die Umwandlung der Geldstrafe gegenüber dem Haftbaren negiert[2]).

Von unserem Standpunkte aus aber löst sich die Sache innerlich einfach und ist auch die Stellung des Abs. III wohl entsprechend.

---

1) Gewerbetreibender (z. B. bei den anderen Gesetzen: „Wer Brennerei als Gewerbe treibt") ist der, auf dessen Rechnung der Betrieb geführt wird, dem der Gewinn des Gewerbes zufliesst, so dass auch abgesehen von § 153, 2 dieser Inhaber selbst bei fehlender eigener Handlungsfähigkeit (Deliktsunfähige, jurist. Personen) ev. haftet. Näheres s. unten § 30 u. 34.

2) Siehe unten sub C.

Mit der Präsumtion würde man nicht nur, wie sub 1 dargelegt, den vom Gesetzgeber im Abs. I statuierten Zusammenhang in völlig unberechtigter Weise auseinanderreissen und dem Gesetzgeber eine ganz unlogische Stellung seiner Sätze imputieren, die bei der Sorgfalt der modernen Gesetzesredaktion undenkbar ist, sondern man würde auch zugleich die vom Gesetzgeber dem Abs. III kenntlich gegebene Sonderstellung in ihr Gegenteil verwandeln, indem man die dort berührte Schuld in mehrfachen Verschlingungen in den Abs. I hineinwickeln würde.

Ferner hätte der „Gegenbeweis gegen die Präsumtion" unmittelbar auf die „Präsumierung" des Abs. I als Abs. II und nicht erst nach der Schilderung des äusseren Verhältnisses folgen dürfen, da er ja mit zum inneren Verhältnis gehören würde.

So aber ist er eben der Ausschliessungsgrund der bereits begründeten Haftung für gewisse Fälle. Dem entspricht auch der Wortlaut des Abs. III selbst, wenn es dort heisst: „Weisen indessen die unter 1—3 bezeichneten Personen nach."

Es liegt also vor **formelle Haftung bei möglicher Schuld mit dem Haftausschliessungsgrunde der Schuldlosigkeit.**

4. Und diese Auffassung bestätigt sich aus der Entstehungsgeschichte, aus dem Zusammenhang mit dem früheren Recht, das erwiesenermassen[1]) eine rein objektive formelle Haftung, und nicht etwa eine praesumtio iuris et de iure enthielt. Diese wurde mit der Milderung des Haftausschliessungsgrundes einfach übernommen, während die Gruppe B über eine praes. iur. hinweg gleich zur Konstruierung eines eigenen Deliktes überging. Dass einzelne Abgeordnete dort von einer pr. i. et de i. sprachen, diese irrtümliche Auffassung steht natürlich, nachdem der historische Ausgangspunkt festgestellt ist, nicht im Wege. Zur Bekräftigung diene hier nur die Stelle aus der Denkschrift zum Entwurfe des V.Z.G.: „Der Entw. behält mit einer unbedeutenden Fassungsänderung und der Modifikation, dass die subsidiarische Verbindlichkeit sich nicht allein auf die übertragenen, sondern, nach dem Vorbild anderer Zollstrafgesetze, auch auf die „ein für allemal überlassenen Verrichtungen" erstreckt, die Bestimmungen des § 19 d. preuss. Zollges. bei. Es stimmen damit im wesentlichen die Zollstrafgesetze für Bayern, Sachsen, Grossh. Hessen, Thüringen, Braunschweig und Oldenburg überein. Die Zollstrafgesetze für Württemberg und Baden weichen — abgesehen von teilweiser anderer Fassung — insoferne ab, als darin die Bestimmung fehlt, dass durch die Vollstreckung der Gefängnisstrafe an dem Angeschuldigten die Verbindlichkeit des subsidiarisch Verhafteten wegen der Gefälle und Prozesskosten nicht aufgehoben wird, ferner ein Zusatz dahin aufgenommen ist, dass, wenn aus den Umständen hervorgeht, dass das Vergehen, wegen dessen der Vertretungsverbindliche in Anspruch genommen werden soll, ohne dessen Vorwissen verübt wurde, die Zollverwaltung diesen wegen der Geldstrafe nicht in Anspruch nehmen kann, solche vielmehr durch Verwandlung der Gefängnisstrafe an dem eigentl. Thäter vollzogen werden muss".

---

[1]) Vergl. oben §§ 12 A u. 13.

5. Es ergibt sich aber auch aus der Stellung der subsidiären Haftung und dem Zusammenhalt mit anderen Bestimmungen im Gesetz, die mit ihr unter demselben Abschnitt stehen, ein Schluss auf deren objektiven Charakter, indem auch anderswo und zwar direkte Strafe lediglich in Anknüpfung an den objektiven Thatbestand einer Kontrebande oder Defraudation ohne Rücksicht auf die subjektive Seite im weiten Umfange anerkannt ist. Es besagt nämlich § 137 I: „Das Dasein der in Rede stehenden Übertretungen und die Anwendung der Strafe derselben wird in den im § 136 angeführten Fällen lediglich durch die dortselbst bezeichneten Thatsachen begründet“ [1]). § 136 aber schildert den Thatbestand der Kontrebande und Defraudation, der sich, abgesehen von lit. b und e, aus lauter objektiven, äusseren Momenten zusammensetzt. Abs. II endlich des § 137 lässt für einen Teil dieser Fälle dem Angeschuldigten die Möglichkeit des Nachweises, dass er eine Kontrebande oder Defraudation nicht habe verüben können, oder dass eine solche nicht beabsichtigt gewesen sei, und findet dann nur eine Ordnungsstrafe [2]) nach Vorschrift des § 152 statt.

6. Schliesslich ist, wie gesagt, für die subsidiarische Vertretungsverbindlichkeit, welche das Reichsrecht durchgehends gebraucht, so lange nicht, wie bei der zweiten Gruppe, ein ganz spezifisches Haftungsdelikt herausgebildet ist, die formale Haftung das an sich Naturgemässe. Bei dieser ersten Gruppe handelt es sich nicht sowohl um eigene Normübertretung des Garanten, als vielmehr um Garantie schlechthin.

B. Ein ganz anderes Bild bietet der Repräsentant der zweiten Gruppe, das Ges. betr. die subs. Haftung [3]), welches zwar vom nämlichen Tage wie das V.Z.G. ist, aber auf der Grundlage einer selbstständigen Verschuldung ein Spezialdelikt des Garanten statuiert und in dieser deutlichen Ausprägung sich in scharfen, schon äusserlich sichtbaren Gegensatz zu der vorigen Gruppe setzt, während aber beide zusammengehalten werden durch den Garantiegedanken. Wir haben hier **materielle,** dort **formelle Garantie.**

1. a) Die Schuld besteht hier im Gegensatz zu dem Wissen um die Verübung der That in einer culpa in eligendo vel custodiendo, also in einer sehr weit vor der That zurückliegenden oder von der konkreten That des Dritten getrennten Rechtswidrigkeit und dieses eigene Verschulden, ein diesbezügliches eigenes Delikt, das allerdings in Beziehung zur Hauptthat steht, ist Voraussetzung der Haftung. Der Betriebsinhaber haftet, weil er bei Auswahl und Anstellung seiner Gewerbsgehilfen oder bei Beaufsichtigung seiner Hausgenossen, die auf den Gewerbebetrieb Einfluss auszuüben in der Lage sind, fahrlässig d. h. nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zu Werke gegangen ist.

Es handelt sich also um eine Fahrlässigkeit im Gegensatz zu dem bei Annahme einer Präsumtion bei der ersten Gruppe mehr oder minder indizierten dolus und Beteiligungsgedanken.

---

1) Vergl. auch Brtw.St.G. v. 1887 § 20, Z.St.G. § 46.
2) Nicht aber, wie Liszt vermeint, auch im Abs. I blos eine solche.
3) § 1 Z. 1 äusseres Verhältnis, Z. 2 inneres Verhältnis.

b) Und hier offenbart sich Stengleins ganze Inkonsequenz, wenn er in Bem. 3 zu § 66 Brtw.St.G. v. 1868[1]) sagt: Strafe für ein Fahrlässigkeitsdelikt ist die Haftung nicht, da dieselbe in diesem Falle nicht von der Unvermögenheit des eigentlich Schuldigen bedingt und der Steuerbehörde nicht freigestellt sein könnte, ob sie gegen den subsidiarisch Verhafteten oder den Schuldigen mit dem Strafvollzuge vorgehen wolle. Diese Konsequenz wäre doch erst recht bei § 153 V.Z.G. und § 43 T.St.G. gegeben, welcher eine auf der Vermutung vorsätzlicher oder fahrlässiger Mitschuld beruhende Strafe enthalten soll.

Es ist eben beide Male Garantie. Ausserdem leuchtet auch aus Bem. 3 zu § 38 Braust.-G.[2]) und Bem. 2 zu § 58 Z.St.G.[3]) bei Stenglein der kriminelle Gedanke durch. Andererseits verleitet ihn jene zivilrechtliche Auffassung gegenüber dem doch offenbar den Thatbestand eines Deliktes statuierenden § 32 Brtw.St.G. v. 1887 zu der ganz falschen Aufstellung in Bem. 3 hierzu[4]): „Die culpa in eligendo, von welcher § 66 G. v. 8. VII. 68 spricht, ist in § 32 nicht erwähnt, vielmehr muss der Haftende vorsätzlich gehandelt haben, gleichviel aus welchem Motiv, z. B. aus Gleichgültigkeit, Fahrlässigkeit genügt nur im Falle des Abs. II," der wissentlichen Anstellung und Beibehaltung eines Vorbestraften. § 32 enthält aber auch die Subsidiarität der Haftung.

Dies vorausgenommen, um die Widersprüche und die Unhaltbarkeit der Präsumtionstheorie an Stenglein im Zusammenhalt der verschiedenen Gesetze zu beweisen.

c) Kehren wir nun wieder zur näheren Betrachtung des G. betr. die subs. H. zurück.

Als Regel gilt hier, dass dem Haftbaren jenes spezielle Verschulden, wie sonst im Strafrecht nachgewiesen werden muss. Aus besonderen Gründen wird aber für besondere Fälle eine ausdrücklich als solche im Texte bezeichnete „Vermutung des fahrlässigen Verhaltens" aufgestellt.

Wenn der Haftende nämlich bereits wegen eigener doloser Defraudation vorbestraft ist, hat er „die Vermutung fahrlässigen Verhaltens so lange gegen sich, als er nicht nachweist", dass er in den obigen Richtungen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns angewendet hat. Diese Verschiebung des Beweisrechtes ist der einzige Unterschied gegenüber dem Regelfall.

Hier haben wir eine richtige Präsumtion und die Fassung des Gesetzes, das eine ausdrückliche Beschreibung dieser Ausnahme für nötig erachtet, beweist umgekehrt, dass man nicht bei Stillschweigen des Gesetzes über diesen Punkt, einfach aus Sucht, überall eine Schuld herauszubekommen, eine Schuldvermutung konstruieren darf.

Ganz eigentümlich und anders als der eben betrachtete Fall ist ein anderer Satz auszulegen, welcher äusserlich jenem gleichsieht: Als solche Fahrlässigkeit in dem oben angegebenen Sinn „gilt insbesondere die wissentliche Anstellung bezw. Beibehaltung einer wegen Defrau-

---

[1]) a. a. O. S. 964.
[2]) a. a. O. S. 902.
[3]) I Suppl. S. 96.
[4]) a. a. O. S. 937.

dation bereits vorbestraften Gewerbsperson". Es ist das nicht etwa eine praes. i. e. d. i. im Gegensatz zur praes. iur. des Abs. II, sondern es ist ein hervorgehobener Spezialfall der culpa in eligendo. Durch die wissentliche Anstellung eines solchen Mannes ist jener in Schuld, hat er dem in diesem Passus („gilt") enthaltenen Verbot, einen derart qualifizierten, für den ganzen Betrieb gefährlichen Mann, dessen man sich eines Delikts versehen kann, anzunehmen, zuwidergehandelt, und ihm dadurch Gelegenheit zum weiteren Delinquieren gegeben. Das „gilt" bedeutet nur, dass mit dieser Feststellung bereits die die materielle Garantie begründende Pflichtwidrigkeit bewiesen ist. Dieses Verhältnis ergibt sich klar aus der Stellung dieses Passus unter Abs. I Z. 2 zu der des anderen erst in Abs. II folgenden[1]).

Bei dieser durchaus selbständigen Schuld haben wir im Gegensatz zu der Beteiligung am Prinzipaldelikt recht deutlich das Bild des delictum sui generis und es ergibt sich bei dem Gegensatz zum blossen Haftausschliessungsgrund der ersten Gruppe, bei der noch wesentlich der alte Gesichtspunkt der negativen Beihilfe vorwaltet, nicht etwa ein Argument aus der materiellen Garantie der zweiten Gruppe für eine solche der ersten, vielmehr zeigt sich nur der Umwandlungsprozess.

2. Beide Gruppen sind nämlich durch die Garantieidee aufs Engste miteinander verbunden und hier tritt die Beziehung zum Delikte des Dritten zu Tage. Der Zweck der Verhinderung und deren Unterlassung ist überall das Treibende.

Das versteht sich bezüglich der culpa in custodiendo von selbst. Bezüglich der culpa in eligendo aber könnte man vermeinen, es liegt hier das Verschulden ganz weit zurück im Anstellungsakt, und wenn sich auf diesen Akt die Haftung gründe, so falle dem Unternehmer nicht Unterlassung, sondern Begehung zur Last, es liege also gar kein eigentlicher Garantiefall vor. Dagegen sagt Oetker treffend[2]): „Die Norm, A soll verhindern, dass B delinquiert, besagt, soweit B von A zu eligieren ist, nicht erst: A soll verhindern, dass das bestimmte, von ihm eligierte Individuum delinquiert, — das würde bei kulposer Elektion vielfach nicht mehr möglich sein und sonach die Schuld des A dann freilich auf einem anderen Gebiet als dem der unterlassenen Verhinderung liegen — sondern: A soll verhindern, dass die von ihm zu eligierende Person delinquiert, und so verstanden kann die Hinderungsnorm allerdings durch kulpose Auswahl übertreten werden. B bezeichnet eben in der Fassung, A soll verhindern, dass B delinquiert, eine persona nondum certa, d. h. das von A demnächst auszuwählende Individuum. Die culpa in eligendo ist in dieser Anwendung ein Beispiel von Unterlassung durch Begehung."

3. Endlich, wenn auch hier ein delictum sui generis ausgebildet ist, zeigt sich der gemeinsame Garantiegedanke in dem Verhältnis dieses Delikts zum Prinzipaldelikt dahin, dass jenes nicht allein für sich

---

[1]) Ganz falsch Stenglein Bem. 8 zu § 66 Brtw.St.G. S. 964: Präsumierte Fahrlässigkeit begründet die Anstellung . . . ohne Genehmigung der Steuerbehörde.

[2]) Haftung Dritter S. 184.

dasteht und entsprechend dem sekundären Verschulden auch nicht sofort und nicht mit körperlicher Strafe geahndet wird.

4. Die moderne Bildung der materiellen Garantie findet sich, den Entwickelungsgang abschliessend, im neuen Brtw.St.G. Sie knüpft sich an die unterlassene Abhaltung vom Delikt, einerlei ob man von dem Vorhaben Kenntnis hatte oder nicht, wobei die Garantenschuld erwiesen sein muss [1]), aber auch sie steht in enger Beziehung zur Bestrafung des Hauptthäters.

5. Über den Sinn der Worte: „Wer Brennerei etc. treibt, Fabrikinhaber", die Haftung Deliktsunfähiger und die Stellung des gesetzl. Vertreters, die hier aus dem Garantiemoment heraus in Frage kommt, ist unter § 30 im Zusammenhang zu handeln, ebenso später über die Haftung jurist. Personen.

Abgesehen davon ist in den neueren Gesetzen der Kreis der Vertretungsverbindlichen successive auf alle Personen erweitert, die irgend mit der Steuer zu thun haben. Vergl. Stenglein Bem. 1 zu § 58 Z.St.G. v. 1896. I. Suppl. S. 95.

C. Was endlich das äussere Verhältnis bei den fiskalischen Haftungen anlangt, so stellt sich uns die „Vertretungsverbindlichkeit" durchweg als „subsidiarische" dar, in dem Sinne, dass die Isolierung des primär zu packenden Thäters die Voraussetzung ihrer Exequierung ist [2]). Steht aber jene fest, so wird die Haftung zu einer ganz eigentümlichen solidarischen, indem nach V.Z.G. der Zollverwaltung das Wahlrecht eingeräumt ist, ob sie im Einzelfall die Haftung geltend machen oder auf sie verzichten und gleich die eventuelle Freiheitsstrafe gegen den Thäter vollstrecken lassen will.

Dieses Wahlrecht erklärt sich gerade historisch aus der streng formalen Haftung, indem sie den Billigkeits- und Zweckmässigkeitserwägungen des Einzelfalles Raum lässt, sie entspricht aber auch bei den materiellen Haftungsfällen dem Verhältnis des Garantiedelikts zur Hauptthat, wobei zugleich das erreicht wird, dass der Hauptthäter nicht frei kommt, sondern seiner verdienten Bestrafung zugeführt wird. So lässt daher auch § 4 G. betr. d. s. H. diese „Befugnis der Steuerverwaltung unberührt".

Abgesehen von jenem Wahlrecht wird in der Regel die Strafe ausschliesslich gegen den Thäter umgewandelt und so jener frei. Umgekehrt wird durch die Inanspruchnahme der Haftung die weitere Verfolgung des Thäters mit Strafe ausgeschlossen.

Nun gibt es aber einen Fall, wo Zweifel bestehen, ob nicht vielleicht der Garant selbst mit substituierter Freiheitsstrafe belegt werden kann. Es betrifft dies den § 44 T.St.G., der unmittelbar auf die Haftungsfestsetzung des § 43 folgt und schlechthin die Umwandelung der nicht beitreibbaren Geldstrafe in Freiheitsstrafe verfügt. So möchte man nach dem Grundsatz: lege non distiuguente etc. an-

---

1) Diese kann auch darin bestehen, dass man sich absichtlich in die Lage versetzte, nicht eingreifen zu können, kann überhaupt dolus oder culpa sein.

2) Bei der Kategorie B ist die Vollstreckung der Strafe aus dem Delikt bedingt durch den fruchtlosen Versuch der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Thäters.

nehmen, dass auch die auf Grund der Haftung beizutreibende Geldstrafe eventuell in Freiheitsstrafe umzuwandeln wäre.

Dies würde das merkwürdige Resultat ergeben, dass bei Insolvenz des Haftbaren diese Umwandelung eintreten und der Thäter ganz frei ausgehen würde. Das hat aber das Gesetz nicht gewollt. Und so pflichtet auch Stenglein im Gegensatz zu Kleinfellers Auffassung in der 1. Auflage[1]) Röhr[2]) bei, „da nicht ersichtlich ist, weshalb die Umwandelung nicht gegen den eigentlich Schuldigen erfolgen sollte, und die Haftung nur für die Geldstrafe gesetzlich normiert ist, eine solche Ausnahmsbestimmung aber keine Ausnahme zulässt“[3]).

Zu den Garantiefällen der drei von mir behandelten Rechtsgebiete tritt nun noch der § 361, 9 R.St.G.B. hinzu und dieses abschliessende Verhältnis ist es zugleich, welches die Reihe der Fragen eröffnet, die sich nach Feststellung der rechtlichen Natur und nach der Konstruktion dieser Haftungsfälle selbst im weiteren ergeben und nun auf Grund dieser Feststellungen zu beantworten sind.

Es ist zunächst der Satz: ne bis in idem, um den es sich hier dreht, und der den Anhängern der Schuldtheorie grosse Beschwerde, den Vertretern der zivilist. Auffassung aber willkommene Handhabe bot.

VI. Kapitel.

Ne bis in idem.

Niemand darf für dieselbe That doppelt bestraft werden. Dieses Postulat in dem Sinne, dass materiellrechtlich bei Gesetzeskonkurrenz nicht zweimal gestraft werde im Gegensatz zu der unbedingt anzuerkennenden prozessualen Konsumtion des jeweiligen staatlichen Strafanspruchs durch Rechtskraft des Urteils spielt gegenüber den Haftungen des positiven Rechtes eine ähnliche Rolle wie der Satz: keine Strafe ohne Schuld. Einmal liegt auch hier der Fehler vor, dass man Sätze a priori aufstellt und dem positiven Recht dann aufoktroyiert, sodann aber wirkt hier stark mit die Verkennung der formellen und rein accessorischen Garantie, welche nicht sowohl ein eigenes Delikt erfordert, sondern nur nach Analogie eines solchen geht und von der eigenen Thäterschaft grundverschieden ist.

---

[1]) S. 1069 N. 3: „Indem der Staat die subsidiäre Haftung in Anspruch nimmt, verzichtet er auf den Vollzug der an Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe auszusprechenden Freiheitsstrafe gegenüber dem in erster Reihe strafbaren Thäter. Aber die auf Grund subsid. Haftung beizutreibende Geldstrafe wird im Falle der Uneinbringlichkeit umgewandelt, soferne nicht der Haftende eine jurist. Person ist oder das Gesetz selbst den entgegengesetzten Willen erkennen lässt.

[2]) Strafgesetzgebung und Strafverfahren in Bezug auf die Zuwiderhandlungen gegen die Zoll- und Steuergesetze. 3. Aufl. bearb. v. Wirth, Breslau 1892.

[3]) Anhangsweise zu vergl. § 151 I R.G.O.: „Sind bei der Ausübung des Gewerbes polizeiliche Vorschriften von Personen übertreten worden, welche der Gewerbetreibende zur Leitung des Betriebes oder zur Beaufsichtigung bestellt hatte, so trifft die Strafe diese letzteren. Der Gewerbetreibende ist neben denselben strafbar, wenn die Übertretung mit seinem Wissen begangen war, oder wenn er bei der nach den Verhältnissen möglichen eigenen Beaufsichtigung des Betriebes, bei der Auswahl oder Beaufsichtigung der Betriebsleiter oder Aufsichtspersonen es an der erforderlichen Sorgfalt hat fehlen lassen.

Wie schon die Überschrift dieses Kapitels zeigt, sind hier zwei Fälle zu unterscheiden.

1. Konkurrenz von Garantie mit Thäterschaft bezw. Teilnahme.

2. Kumulation von Haftungen, entweder auf Grund der Spezialgesetze und der eigentümlichen Bildung der Haftung selbst oder durch das Hinzutreten des neugeschaffenen § 361, 9 R.St.G.B.

Die Bestimmung des letzteren im Anschluss an den Gegenstand des vorigen Kapitels ist hier zunächst zu behandeln.

§ 24.

Die Haftung des § 361 Z. 9 R.St.G.B.

I. Das ursprüngliche Reichsstrafgesetzbuch hatte nur die Z. 4, die aber als Vorbild unserer Bestimmung und per analogiam heranzuziehen ist.

Jene enthält zwei Thatbestände:

1. wird nämlich vorsätzliches Anleiten und Ausschicken von Kindern zum Betteln bestraft als delictum sui generis. Unter „Kind" wird mit Olshausen, Berner, Oppenhoff, Rotering und von Schwarze[1]) richtig eine im kindlichen Alter stehende Person verstanden, und zwar allgemein, nicht wie Meves[2]) meint, nur eigene Kinder. Zugleich ist dieses Delikt der Anstiftung des § 48 St.G.B. subsidiär, indem es, obwohl intellektuelle Urheberschaft, die Begriffsmomente der ersteren nicht erfüllt, daher diese Ziffer auch bei Unzurechnungsfähigkeit des Kindes zur Anwendung kommt.

Im Gegensatz dazu enthält einen Garantiefall der 2. Thatbestand der Z. 4.

2. Die Formulierung der Voraussetzungen der Haftung abgesehen von der speziellen Deliktsrichtung ist dieselbe wie in § 361, 9, so dass das folgende auch von diesem gilt.

Es ist nämlich dort eine Strafe demjenigen angedroht, welcher gewisse Personen vom Betteln abzuhalten unterlässt.

a) Diese Personen müssen α) der Gewalt und Aufsicht des Thäters untergeben sein, β) zugleich zu seiner Hausgenossenschaft gehören. Jene deutschrechtliche Wurzel, der wir auch hier begegnen, zeigt sich u. a. deutlich bes. darin, dass für den nur vorübergehend in die Gemeinschaft aufgenommenen gleichfalls gehaftet werden muss.

Der Umfang der „Hausgenossenschaft" ist unter den Kommentatoren bestritten. Meves interpretiert ihn mit Schwarze und Teichmann[3]) weiter als die Hausgemeinschaft in § 247 St.G.B. auf alle Personen, welche Genossen desselben Hauses sind und durch diese Genossenschaft die Aufsichtsführung ermöglichen. Gegenüber den von Meves versuchten Einschränkungen definiert Stenglein[4]) den Begriff ganz weit als die häusliche Gemeinschaft, welche durch die Zugehörigkeit zu einem Haushalt oder Hausstand begründet wird. Das voll-

1) In den bezüglichen Noten ihrer Kommentare zum St.G.B., bez. bei Rotering zum 29. Abschn.

2) Strafgesetznovelle 1876.

3) Holtzend. Rechtslex. ad verb. Bettelei.

4) Bem. IIc zu § 6 Vogelschutzgesetzes (I. Aufl.).

ständige Zusammenwohnen sei nicht Voraussetzung (z. B. Wohnung in einem Nebengebäude), ebensowenig die gemeinsame Mahlzeit, Erzieher gehörten hierher, nicht dagegen der Stundenlehrer, wohl aber ein Gast und dessen Diener, wenn er übernachtet.

Aber diese weite Definition erhalte ihre gehörige Einschränkung durch das Erfordernis der Gewalt.

Zu jenem thatsächlichen muss nämlich dieses rechtliche Verhältnis treten. „Der Vorstand der Hausgenossenschaft, sagt Stenglein, muss aus eigenem oder delegiertem Recht befugt sein, neben der Aufsicht auch die Erziehungsgewalt auszuüben.“ Doch genügt auch ein spezielles Subjektionsverhältnis. Das Vorliegen des letzteren bes. hinsichtl. der Ehefrau richtete sich bisher nach Landesrecht[1]).

b) Sind schon diese Momente infolge der Gleichartigkeit für die speziellen Haftungen von Interesse, so noch mehr der Umstand, dass nur das „Unterlassen der Abhaltung“ der näher bezeichneten Personen von Feld-, Forst-, Zoll-, Steuerdelikten unter selbständige Strafe gestellt wird.

Es wird die Nichthinderung des fremden Delikts gestraft, es liegt also Garantie, und zwar materielle Deliktsgarantie vor.

Der Garant ist hier Subjekt eines selbständigen Unterlassungsdelikts, der Nachweis seiner Schuld, wozu Fahrlässigkeit genügt, ist Voraussetzung der Bestrafung, und es ist nicht eine Haftung für die Strafe eines Dritten, sondern es wird nur die Bestrafung durch die Verübung eines Deliktes seitens des Gewaltunterworfenen bedingt, diese ist Thatbestandsmerkmal neben anderen. Und es ist nur der objektive, nicht auch der subjektive Thatbestand eines bezüglichen Delikts erfordert; das „Kind“ als solches ist gemeint (eine im kindlichen Alter stehende Person) und die Delikte der den Kindern gleich gestellten Personen können lege non distinguente nicht anders beurteilt werden. Andererseits schliesst die Zurechnungsfähigkeit des Kindes, wie sich aus den Worten „und anderer gewaltunterworfener Personen“ ergibt, die Strafbarkeit des Gewalthabers für sein Delikt nicht aus[2]).

Überhaupt ist es ganz einerlei, ob der Garant aus irgend welchen rechtlichen oder thatsächlichen Gründen nicht zur Rechenschaft gezogen werden kann, ob er thatsächlich bestraft wird oder nicht.

Es ist der Typus der **Haftung ohne Rücksicht auf die Thäterhaftung,** die daneben eintreten mag oder auch nicht.

Charakteristisch zeigt sich, wie die materielle Garantie ihrem Wesen nach selbständig auftritt, während die formelle Garantie in viel freiere Verbindung mit der Thäterhaftung gesetzt werden kann und regelmässig in dieser Verbindung auftritt.

Die legislative Grundlage ist die gleiche, aber der trennende Unterschied der accessorischen Haftung und des eigenen Delikts liegt

---

[1]) Vgl. E. d. o. G.H. v. 20. II. 78 (Plenarentscheidung) VIII 91. Ferner o. G.H. v. 27. VIII. 75. V 430. Die Gewalt muss eine rechtlich begründete sein. (Die Hausjurisdiktion begreift nicht die Macht in sich, einen Hausgenossen, der im übrigen nicht der Gewalt des Familienoberhauptes unterworfen ist, abzuhalten.)

[2]) Unter den gewaltunterworfenen Personen sind nur die Kinder besonders hervorgehoben, weil die Vorschrift praktisch hauptsächlich in dieser Richtung veranlasst war.

zu Tage. Daher ist auch hier wie bei anderen Übertretungen, die unsere Ziffer umgeben, die Freiheitsstrafe primär und wahlweise angedroht.

Bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Abhaltung, sei es, dass der Haftbare die ihm zu Gebote stehenden Mittel gebraucht hat, oder ihm sonst ein Entschuldigungsgrund zur Seite steht, liegt eine Pflichtverletzung nicht vor und tritt daher die Strafe nicht ein[1]).

Die Haftungsnorm ist ferner eine unbedingte, d. h. es kommt nicht auf die Voraussehbarkeit des konkreten Deliktes an[2]).

Das „Abhalten" im Näheren, das von Meves sogar im Sinne von „fern halten" ausgelegt wird, ist im weiten Sinne der richtigen Garantenpflicht zu deuten. Die Entziehung der Möglichkeit des Delinquierens, die Verwarnung, die thätliche Verhinderung, das alles gehört dazu. Es steht sonach, sagt Meves, das Abhalten in enger Beziehung zur Aufsichtsführung und Erziehung, es ist der Mangel in dieser selbst.

Dass trotz der mehrfachen Ähnlichkeiten ein Unterschied zwischen unserer Bestimmung und den Spezialhaftungen besteht, darauf deutet neben dem bereits geschilderten Unterschiede der Schlussatz unserer Ziffer hin, der sich auf das gegenseitige Verhältnis bezieht. Es wird über diesen Punkt im nächsten § zu handeln sein.

Hier genügt es, den engen sachlichen Zusammenhang zu konstatieren dahin, dass diese Bestimmung sich ausdrücklich gerade auf die Materien bezieht, welche den Gegenstand verwürfiger Abhandlung bilden[3]).

c) Durch die Kombination des rechtlichen mit dem faktischen Verhältnisse als Unterlage eines Delikts unter der allg. Zusammenfassung „wer" kann aber endlich in unserem Falle eine Konkurrenz mehrerer Gewalthaber und dadurch mehrere Haftungen eintreten.

Es kann nämlich das Aufsichtsrecht und damit die Verantwortlichkeit übertragen werden.

Während bei der formellen Garantie, bei der das bestimmte Garantieverhältnis sofort die Haftung begründet, eine solche Übertragung der Verantwortlichkeit nicht möglich ist, sondern der Garant höchstens mit dem Nachweis der Aufstellung eines zuverlässigen Stellvertreters die Haftung überhaupt beseitigen kann und der Stellvertreter als solcher nicht haftet, ist bei der materiellen Garantie eine solche Haftung des Stellvertreters aus seinem Verschulden sehr wohl denkbar. Die Verpflichtung des unmittelbaren Gewalthabers bleibt aber dabei im gewissen Masse noch bestehen.

Stenglein führt darüber m. E. zutreffend aus[4]): Der bei der

---

1) z. B. wenn das Kind von einem Dritten durch vis absoluta oder compulsiva zum Delikte genötigt wurde, im Gegensatz zum preussischen Recht.

2) Vergl. auch Rüdorff-Stenglein, Komm. N. 6: Kenntnis von dem Bettel ist nicht unbedingt erforderlich, wie es auch v. Schwarze annimmt, vielmehr genügt der Mangel jeglicher Aufsicht. S. auch O.L.G. München v. 20. X. 85, III 530.

3) Eine weitere analoge Ausdehnung dieser Pflicht auf andere als die enummerierten Delikte ist unzulässig, doch ist eine gesetzliche Ausdehnung erfolgt in genauer Angleichung an den Text der Z. 9, abgesehen vom preuss. Jagdscheingesetzes, in § 6 II des Reichsgesetzes zum Schutze der Singvögel v. 22. III. 88.

4) Bem. IIb zu § 6 Vog.Sch Ges. 1. Aufl.

Handlung gegenwärtige unmittelbare Gewalthaber sei niemals dadurch seiner Verpflichtung enthoben, dass der Inhaber der übertragenen Gewalt die Handlung dulde. Andererseits müsse jener nur, wenn der unmittelbare Gewalthaber die Handlung erlaube, sie ebenfalls dulden, Das ergebe sich aus seinem abgeleiteten Recht, dass insoweit und mit ihm die Hinderungspflicht cessiert.

Soviel über die Frage der Stellvertretung.

II. Aus der Indikatur ist namentlich ein das Wesen des Falles im Sinne vorstehender Ausführungen beschreibendes O.L.G.E. v. 31. III. 92[1]) anzuführen, wonach die Möglichkeit der Aufsicht als allg. dann gegeben erscheint, wenn das Subjekt der Strafvorschrift mit den in ihr genannten Personen in Hausgenossenschaft sich befindet. Es genügt aber nicht, dass durch Kinder eine solche Übertretung verübt worden ist[2]), andererseits genügt bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen ein einziges Reat[3]). Der Plural im Gesetz ist irrelevant und ist nicht nötig direkte Abhaltung. Die Strafbarkeit des phys. Urhebers ist gleichgültig, weil die Bestimmung sich gegen die in den bezeichneten Richtungen sich ergebenden Folgen einer verwahrlosten Erziehung richtet.

Wichtig ist ferner noch die Plenarentscheidung d. o. G.H. v. 27. VII. 77[4]). Nicht bloss Kinder im Sinne strafrechtlich noch nicht Verantwortlicher[5]), sondern alle Personen, bei welchen die drei Voraussetzungen unseres § zutreffen, fallen unter diesen. Ein derartiges Untergebenheitsverhältnis bestehe aber nach pfälz. Recht auch hinsichtlich der Ehefrau, so dass der Ehemann wegen schuldhafter Verletzung der aus jenem für das Haupt der Hausgenossenschaft entspringenden Pflichten gestraft werden könne. Denn § 361, 9 erfordere nicht, dass dem Gewalthaber Zwangsmittel zu Gebote stehen, der Umfang der Gewaltbefugnisse sei jeweils im Einzelfall zu prüfen.

Es wird dann die Pflicht, zu verbieten, dass die entwendeten Sachen ins Haus gebracht und für den Haushalt verwendet werden, der Gesichtspunkt des Mitgenusses berührt.

Endlich heisst es: „Die Zivilverantwortlichkeit des Ehemannes für seine Frau hängt mit der Strafdrohung des § 361, 9 nicht zusammen. Diese Haftbarkeit ist in den einzelnen Gesetzen verschieden geregelt und steht teilweise mit den gesetzlichen Bestimmungen über die Vermögensrechte der Eheleute in Verbindung. Durch § 361, 9 wurde ein eigenes Reat geschaffen mit dem ausdrücklichen Beifügen, dass die Vorschriften der bezüglichen Gesetze über die Haftbarkeit[6]) für

---

[1]) VII 72.

[2]) Ebenso E. d. o. G. v. 27. VIII. 75, V 430, O.T. v. 5. VII. 78, O.R. XIX 356.

[3]) Vergl. auch Oehlschläger und Bernhard, Komm. S. 90 Bem. zu § 11 „Ein strafbares Nichtabhalten . . . im Sinne des § 361, 9 wird regelmässig schon dann anzunehmen sein, wenn wiederholte Forstdiebstähle auf seiten eines oder mehrerer der Aufsicht desselben Gewalthaber unterstehenden Hausgenossen erwiesen sind".

[4]) VII 333.

[5]) Die Motive beschäftigen sich bloss mit diesen.

[6]) inkl. der sog. strafrechtl. Mitverantwortlichkeit.

die den Thäter treffenden Geldstrafen oder anderen Geldleistungen hierdurch nicht berührt werden."

Diese Ausführung ist sehr bezeichnend für den Unterschied des § 361 9, zu der bayer. Partikularhaftung und den anderen Haftungen überhaupt, von welchem Verhältnis nunmehr zu sprechen ist.

§ 25.

Verhältnis des § 361 Z. 9 R.St.G.B. zu den Spezialhaftungen.

I. § 361, 9 enthält den ausdrücklichen Zusatz: „Die Vorschriften dieser (d. h. unserer Spezial-) Gesetze über die Haftbarkeit für die den Thäter treffenden Geldstrafen werden hierdurch nicht berührt."

Demgegenüber hat die Novelle zum bayer F.G. die Freiheit der als zivilverantwortlich erklärten Personen von der Haftung für die erkannten Geldstrafen verfügt, wenn sie aus Anlass des betr. Frevels selbst auf Grund des § 361, 9 St.G.B. bestraft sind. Andererseits lassen die preussischen Gesetze ihre Haftbarkeit eintreten, unabhängig von der etwaigen eigenen Strafe des Haftbaren aus § 361, 9.

Das bayer. P.St.G.B. endlich entbehrt eines diesbezüglichen Zusatzes, ebenso die fiskalischen Gesetze.

Was wollte nun der Reichsgesetzgeber mit seinem Zusatz?

Er sieht zunächst zweifellos die Spezialgarantien als kriminelle an, denn sonst wäre die Klausel direkt überflüssig.

Einerseits aber ist unser § viel weiter als jene Haftung d. h. er bezieht Fälle ein, wo jene nicht eintritt, ergänzt also die Haftungsgesetzgebung, andererseits für die Fälle, wo diese Funktion nicht Platz greift, wollte der Gesetzgeber ausweislich der bezüglichen Reichstagsverhandlungen mit vollem Bewusstsein eine Kumulation der Bestrafung aus den Spezialgesetzen und aus dem generellen Gesetz eintreten lassen. Und daraus ergibt sich der Schluss, dass die grosse Masse der Haftungen eben nicht sowohl Strafe für ein eigenes Delikt als vielmehr Rechtsfolge ad analogiam der Strafe für das Delikt, formelle Garantiefälle mit möglicher Schuld sind, während, soweit culpa in eligendo vel custodiendo (zweite Gruppe der Steuergesetze) in Betracht kommt, auch diese Fälle der subsidiarischen, wenn auch materiellen Garantie eine, allerdings abgeschwächte, Sonderstellung bewahren.

So ist m. E. jene Klausel zu interpretieren; es ist schliesslich hier wie dort Strafe wegen Nichthinderung aus gleichen Gründen und Zwecken, aber bei Verschiedenheit des Umfanges, der Konstruktion und der Wirkung.

II. Damit komme ich zur Stellungnahme gegenüber dem Schlagwort ne bis in idem in Anwendung auf den Gegenstand unseres §.

a) Haimann[1]) meint, sich zu helfen, indem er, natürlich wie die folgenden vom Boden der Schuldtheorie aus, sagt, der Gesetzgeber

[1]) a. a. O. S 43.

erachte die Verurteilung aus Z. 9 nur für eine teilweise, welche durch die Verurteilung nach den Partikulargesetzen ergänzt werden könne.

Und Leverkühn[1]) behauptet, erfolge die Verurteilung nach beiden Richtungen zugleich, so liege es nicht anders, als wenn eine Haupt- und eine Nebenstrafe als Folge eines und desselben Strafverfahrens eintritt. Sei dagegen eine Verurteilung nur aus § 361, 9 erfolgt, so könne wegen Verbrauchs der Strafklage ein neues Verfahren aus der Haftung heraus nicht stattfinden.

Das ist aber dem Gesetz gegenüber ganz haltlos, vielmehr gehen die Bestrafung für Geldstrafe und Ersatz und die Bestrafung aus § 361, 9 ganz selbständig nebeneinander her.

Relativ am richtigsten fasst Engels[2]) die Sache auf, wenn er sagt, der Gesetzgeber habe einfach beide Strafen kumulativ wollen eintreten lassen und habe das klar geäussert. Das idem factum vorausgesetzt, würde also in der That bei Gesetzeskonkurrenz Doppelbestrafung vorliegen.

Jenes ist aber nach Leverkühn dann der Fall, „wenn das durch § 361, 9 unter Strafe gestellte Unterlassen des Abhaltens zugleich den Strafgrund der Haftung bildet, während fahrlässige Anstellung dem unterlassenen Abhalten gegenüber als selbständiges Delikt erscheint".

Das ist nun zwar in dieser Kontrastierung nicht ganz richtig, kennzeichnet aber immerhin umgekehrt die Sonderstellung auch der materiellen Haftung jener Gesetze.

Olshausen und Oppenhoff lassen infolge der ausdrücklichen Bestimmung wie Engels beide Strafen nebeneinander bestehen, nicht aber so Meves. Auch er macht den Unterschied, ob die Haftung als Strafe vernachlässigter Aufsicht erscheint oder nicht. „Dass im ersten Falle die Aufsichtsvernachlässigung nicht einer doppelten Bestrafung unterliegen kann, folgt aus dem Grundsatz: ne bis in idem (!!!)" Für den anderen Fall sei dagegen § 361, 9 dahin auszulegen, dass die abweichenden Haftungen durch ihn nicht aufgehoben sein sollen. Wo daher (!) wegen Haftbarkeit einzuschreiten sei, falle die Anwendung des § fort.

b) Nun hat aber das preuss. Recht umgekehrt die Nebeneinandergeltung beider Bestimmungen ausdrücklich bestimmt. Um diesen Stein des Anstosses für die Präsumtionstheorie zu beseitigen, operiert O.T.E. v. 5. VII. 78[3]) mit der Gegenüberstellung von Vermutung und freier richterlicher Beweiswürdigung, wonach im Strafprozess der eventuell Haftbare nicht lediglich deshalb verurteilt werden könne, weil er seine Deligenz nachzuweisen unterlassen habe.

In Absehung von dieser etwas dürftigen Argumentation suchte man nach einem anderen Ausweg, der allerdings ein Holzweg ist, indem man, wie Günther angibt, behauptete, dass „allerdings absichtslos (!) die Ausdrucksweise des § (im preuss. Gesetz nämlich) eine Hinterthür gegen die zweimalige Ahndung offen gelassen habe, indem nur

1) a. a. O. S. 303.
2) a. a. O. S. 138.
3) G.A. XXVI 453.

die Unabhängigkeit von der etwaigen Strafe, zu welcher er selbst verurteilt wird, bestehen soll, und dass daher dem Richter die Verhängung der Strafe aus § 361, 9 gar nicht zugemutet zu werden brauche."

Aber Günther selbst[1]) klagt, dass die vom Gesetz vorgeschriebene gleichzeitige Anwendung gegen das immanente Prinzip jedes vernünftigen Strafrechts verstosse: ne bis in idem.

c) Wie viel einfacher gestaltet sich dagegen die Sache bei der richtigen Annahme der formellen Garantie, und so erklärt sich, dass der preussische Gesetzgeber beide Strafen, auch die Haftung ist ja für ihn eine solche, nebeneinander erhielt. Die Klausel, welche auch die Thäterbestrafung noch in gleicher Weise erwähnt, spiegelt so beide Glieder der Thäter-Garantenschaft wieder. Und für das preuss. Recht ist stets die Haftung, eventuell eben als unmittelbare, im Falle des § 361, 9 zugleich gegeben, so dass nicht etwa auf die ergänzende Funktion alles abgewälzt werden kann.

Umgekehrt wie das preuss. verfährt das bayer. Forstrecht, indem es, wie früher bereits ausgeführt, aus Äquitätsgründen die Kumulation von Haftung und Strafe des Delikts nach § 361, 9 ausschliesst. So bei art. 69 F.G. Bei art. 70 kommt das nicht in Betracht, weil derselbe auf dem ganz anderen legislativen Gesichtspunkt des Vorwissens ruht.

Die Haftung des art. 122 P.St.G.B. endlich tritt neben § 361, 9 ein, weil dort die Strafe an das äussere Moment des Vorteils gebunden ist, daher dieser formelle Garantiefall, der auch keinen Haftausschliessungsgrund zulässt, in seiner ganzen Schärfe bestehen bleibt.

d) Als Resultat ergibt sich: Bei formeller Haftung, auch bei möglicher Schuld, also bei möglicherweise koinzidierender Pflichtverletzung, bedarf der Thatbestand, um die Voraussetzungen der Bestrafung zu erkennen, der Aufklärung mit Rücksicht auf Schuld oder Nichtschuld des Garanten an sich nicht. Es ist nicht Strafe eines Delikts, sondern der objektiven Nichthinderung. Wenn daher der formelle Garant, um weiter mit Oetker zu reden, bei pflichtwidriger Nichthinderung um deswillen noch besonders bestraft wird, so liegt darin eine Härte, aber nicht eine unzulässige Doppelbestrafung. Denn es fehlt das idem factum, die Thatbestandsmerkmale, an welche die Strafe sich anschliesst, sind verschieden.

Folgenweise stellt sich das Verhältnis des § 361, 9 zu unseren Spezialhaftungen in der Hauptsache als eine harmonische Kombination von formeller und materieller Garantie dar. Und so ist, so weit ersterer kumuliert, ein bis in idem gar nicht vorhanden. „Der materiell-formelle Garant wird von einer kombinierten, zusammengesetzten Strafe betroffen." Das beleuchtet die Klausel unseres §, und noch ein weiteres.

Würde diese positive Vorschrift nämlich fehlen, so würde man namentlich gegenüber der kleinen Gruppe materieller Garantie doch

[1]) F.F.P.G. S. 20, 21.

zweifeln können, ob nicht etwa wegen Gesetzeskonkurrenz eine solche Verbindung auszuschliessen sei.

Ganz glatt liegt endlich das Verhältnis, soweit unser § die anderen Haftungen nur ergänzt. Alsdann kann von einer Doppelbestrafung erst recht keine Rede sein. Dies gilt namentlich für das bayerische Forstrecht in allen Fällen der mangelnden Verantwortlichkeit des Thäters, nachdem hier die unmittelbare Haftung fehlt[1]).

Die Anschauung, dem § lediglich diese Ergänzungsfunktion zuzuweisen, wie sie sich in den in der Note angeführten Erkenntnissen und bei Meves äussert, bedarf angesichts des Gesetzes keiner Widerlegung.

Eine ganz ähnliche Frage ist nunmehr zu erörtern.

§ 26.

Konkurrenz von Thäterschaft bez. Teilnahme mit Garantie der Spezialgesetze und des § 361 Z. 9 R.G.B.

I. Das preuss. Recht lässt haften ausdrücklich unabhängig von der eigenen Bestrafung auf Grund dieses Gesetzes oder des § 361, 9. Während wir in letzterer Kombination einen Haftungsfall soeben betrachteten, ergibt sich hiernach positiv, dass, wenn der Haftbare zugleich bei der unter Anklage gestellten That als Mitthäter, Anstifter, Begünstiger oder Hehler konkurriert, die hierfür von ihm selbst verwirkte Strafe selbstständig neben der Haftung für die den Mitschuldigen treffenden Leistungen in allen Fällen eintritt.

Was aber hier positiv gesagt ist, das gilt auch für die Gesetze der beiden anderen Rechtsgebiete, die hierüber schweigen.

Garantie ist Haftung des Nichtthäters im Gegensatz zur Thäterhaftung. Jenes ist Haftung für eine von einem Dritten begangene That, sei es auf Grund eigener Rechtspflichtverletzung, schuldhafter Nichthinderung, Fahrlässigkeit in der Auswahl oder Instruktion, sei es ohne Rücksicht auf etwaige diesbezügliche Schuld lediglich auf Grund des Garantenverhältnisses. Etwas ganz anderes ist die Beteiligung des Dritten am Prinzipaldelikt als Anstifter, Mitthäter, Gehilfe, oder die Alleinthäterschaft durch den Gebrauch einer unzurechnungsfähigen Person. Die richtige Grenze zwischen der unterstützenden Anteilnahme am Delikt und der Haftung haben wir oben bereits gezogen, dahin, dass die frühere sog. negative Beihilfe zu letzterer gehört.

Um sofort klar zu sehen, ist auf die grundlegenden Normen zurückzugehen. Bei der formellen Garantie lautet die Haftungsnorm: Wenn A x begeht, soll B bestraft werden, bei der materiellen: B soll

---

[1]) Vergl. oben § 20 und O.L.G.E. v. 8. III. 94, VIII 22. Hier wird sogar behauptet: § 361, 9 wollte lediglich eine im F.G. bestehende Lücke beseitigen und im Interesse des Schutzes des Waldes Strafbestimmung auch für den Fall treffen, in welchem der Thäter strafrechtlich nicht verfolgt werden kann, keineswegs aber eine Änderung der Bestimmung des art. 69 Abs. II herbeiführen, was schon aus dem Schlusssatz des § 361, 9 hervorgehe. Ähnlich lässt O.L.G.E. v. 21. XII. 82, II 224 bei Wegfall des § 361, 9 aus einem anderen Grunde art. 13 pfälz. F.St.G. Platz greifen.

verhindern, dass A x begeht. Im Gegensatz zu diesem Gebote steht die Norm des Prinzipaldelikts: Du sollst nicht Waldprodukte entwenden etc.

Die letztere Norm ist einfach gestaltet im Gegensatz zu den obigen, in denen zwei Personen beteiligt sind. Und sie enthält ein Verbot im Gegensatz zur Garantienorm, die stets ein Gebot in sich schliesst. Es kann hier abgesehen werden von dem sekundären Verbotsgehalt des Gebots und Gebotsgehalt des Verbots. Primär wird ersteres durch Unterlassung, letzteres durch Begehung übertreten.

Dieser ausschliessende Gegensatz von Unterlassungs- und Begehungsdelikt ist der einfache Grund, warum Haftung und Thäterschaft bezw. Teilnahme im Konkurrenzfall, auch bei materieller Garantie ganz unabhängig neben einander hergehen, natürlich erst recht bei formeller Haftung.

Nicht also absorbiert die Haftung des Thäters begrifflich die des Nichtthäters, wie Brater annimmt, nicht schliesst, wie das Reichsgericht argumentierte, dolus die culpa aus, weil die Schuld des Begehungsdeliktes eine ganz andere ist als die des etwaigen Unterlassungsdeliktes, nicht ist aus demselben Grunde, wie bayerische Präjudizien vermeinten, diese culpa in jenem dolus als das Mindere in dem Mehreren enthalten[1]). Die Unterlassung und die Begehung decken sich in keinem Punkte.

Ergibt sich das bisherige Resultat im Verhältnis zur Teilnahme aus der gemeinsamen Grundlage der Garantie, mag sie formelle oder materielle sein, so besteht in einem weiteren Punkte doch ein gewisser Unterschied, je nachdem diese oder jene vorliegt.

Was nämlich die materielle Garantie anlangt, so wurde bereits beim preussischen Recht als wesentlicher Grund für den formalen Charakter der dortigen Haftung dargelegt, dass Konkurrenz dieser Haftung mit Alleinthäterschaft ganz unmöglich ist, weil die Hinderungspflicht sich nie auf eigene Delikte des Garanten mit erstrecken kann. Anders bei der Anstiftung im technischen Sinn, nämlich eines kriminell Verantwortlichen. Hier besteht die Pflicht des Garanten, die Delikte desselben zu verhindern, weiter, selbst wenn er ihn anstiftet. Es ist das Delikt eines andern und durch die Anstiftung übertritt er ein Verbot, durch die Pflichtverletzung ein Gebot; es liegt die Sache rechtlich ebenso wie bei Mitthäterschaft und Beihilfe, da der Anstifter nur mit der Strafe des Thäters belegt, gleich ihm, nicht als solcher, sondern eben als Anstifter bestraft wird.

Wir formulieren also den allg. Satz: Die Verletzung der Hinderungspflicht gegenüber einem fremden Delikt ist unabhängig von der aktiven Teilnahme am Delikt, für das garantiert wird, als Mitthäter, Anstifter, Gehilfe. „Er ist zugleich Garant und Teilnehmer".

Sohin liegt nicht Gesetzeskonkurrenz mit ihrer absorbierenden Wirkung, sondern Deliktskonkurrenz von Garantie und Teilnahme vor, die meist eine reale, aber nach den Umständen des Einzelfalls auch eine ideale sein kann[2]).

1) Richtig bezüglich des Verhältnisses E. d. o. G.H. IX 464.

2) Gesetzeskonkurrenz würde nur vorliegen zwischen der Garantie und der alten negativen Beihilfe, da das Wesen Beider in unterlassener Verhinderung besteht.

Kraft § 2 E.G.St.G.B. geben aber für die Spezialhaftungen, hier also die der 2. Gruppe der fiskal. Delikte nicht die §§ 73 ff. R.St.G.B. Mass, sondern es muss schlechthinige Kumulation eintreten, ausserdem würde eine andere Behandlung dem Wesen der accessorischen Haftung für verwirkte Strafe völlig widersprechen. Und darum ist die Masse der letzteren schon an sich formeller Natur, wo dann diese Frage gar nicht auftreten kann. Ob man den § 361, 9 endlich als „besondere Vorschrift" im Sinne des § 2 II E.G. auffassen will, kann dahingestellt bleiben; wir sind jeder Schwierigkeit in der Richtung auf Anwendung des Absorptions- oder Gesamtstrafenprinzips dadurch enthoben, dass ohnehin nach der allg. Vorschrift des § 77 und 78 St.G.B., weil es sich um Haft oder Geldstrafe handelt, hier Kumulation eintritt.

Für die formelle Haftung, wo bloss die Analogie eines Deliktes und einer Deliktskonkurrenz vorliegt, ist das Bisherige noch dahin zu erweitern, dass diese ausschliesslich auf dem spezifischen und stationären Verhältnis zum Thäter beruhende formale Verbindlichkeit in allen Fällen neben der Prinzipalthat wirksam wird, und zwar auch bei Alleinthäterschaft.

Was für die formale Garantie gilt, das gilt ingleichen auch für die Thäter-formelle Garantenschaft, die gleichfalls nicht nach Schuld fragt.

Die Klausel des preuss. Rechts sanktioniert also nur etwas abstrakt Richtiges. Sie musste das aber ausdrücklich thun, um Missverständnissen aus der legislativen Grundlage der Haftung heraus vorzubeugen und deren streng formalen Charakter auch bei eigener und alleiniger Thäterschaft zu betonen, wo der Garant neben der Bestrafung für seine That für diese nochmals haftet.

Für art. 70 bayer. F.G. kommt ein derartiger Konkurrenzfall wegen der besonderen Gestaltung des positiven Rechts praktisch gar nicht in Frage.

Für die mittelbaren Haftungen des bayer. und Reichsrechts endlich gilt bei Schweigen des Gesetzes das oben Ausgeführte.

In keinem Falle also ist eine Doppelbestrafung für dieselbe That gegeben. Daher kann auch über beide Strafansprüche in getrenntem Verfahren und zeitlich nacheinander erkannt werden [1]).

Das Reichsgericht, das ursprünglich, wie das O.T.E. v. 19. X. 54 die Haftung bei Teilnahme ausschloss, E. v. 24. III. 81, hat, wie wir wissen, ebenso wie O.T.E. von 1855, nunmehr seit E. v. 6. XI. 80 allgemein [2]) das Nebeneinanderbestehen beider und daher, dieses Resultat ist für später wichtig, die materielle Verschiedenheit der Haftung von der Beteiligung implicite anerkannt. Nach dem vorhin Festgestellten aber trifft die Polemik Leverkühns und Bindings nicht, welch letzterer die E. v. 24. III. 80 zwar materiell gerechter, die vom 6. XI. 80 aber

---

1) Damit erledigt sich der Unterschied, den Leverkühn macht, dass Doppelbestrafung nur vorliege, wenn Anstiftung Grund der Haftung ist (preuss. Komplizitätstheorie), während schuldhaftes Zulassen der Mitthäterschaft als eigenes Delikt erscheine; ebenso fällt Stengleins diesbezügl. Unterscheidung zwischen der I. u. II. Gruppe der fiskalischen Delikte weg.

2) Vergl. die Übersicht in E XXV 293.

für juristisch richtiger erklärt, während Leverkühn für jene auch die grössere jurist. Richtigkeit in Anspruch nimmt[1]).

II. Was das Verhältnis des § 361, 9 zur Teilnahme betrifft, so ist die Antwort schon im Obigen gegeben, da dieser Fall der materiellen Garantie, das selbständige Unterlassungsdelikt, natürlich von der Begehung der Hauptthat ganz unabhängig ist, Deliktskonkurrenz vorliegt.

Im Gegensatz dazu misst aber die herrschende Meinung dem § 361, 9 gegenüber Teilnahme anders als den sonstigen Haftungen nur subsidiäre Bedeutung unberechtigterweise zu.

Stenglein stellt bei dem ganz analogen § 6 II Vogelschutzgesetzes in der 2. Auflage[2]) diese Behauptung ohne weitere Begründung hin, während er in der 1. Aufl. ausdrücklich mit Gesetzeskonkurrenz operiert[3]).

Olshausen[4]) erkennt wenigstens Realkonkurrenz der § 361, 9 mit Begünstigung und Hehlerei an, während er im übrigen ebenso wie Stenglein sagt, die ganze Strafvorschrift sei nur eine subsidiäre gegenüber Mitthäterschaft und Anstiftung. Ebenso Oppenhoff[5]), dass selbst dann nicht noch ausserdem aus unserem § gestraft werden könne, wenn die auf die Thäterschaft gesetzte Strafe das Maximum der Nr. 9 nicht erreicht. Ähnlich v. Schwarze Nr. 9, Berner S. 290. Meves, der im übrigen schweigt, spricht bei Hehlerei von Realkonkurrenz.

Rüdorff-Stenglein endlich sagt zu § 361, 9: „Die Bestimmung trifft jedoch nicht zu, wenn der Verantwortliche an der strafbaren That selbst beteiligt ist," und es wird sich dabei auf ein Urteil des O.L.G. München v. 21. XII. 82[6]) berufen, welches auch Ganghofer sich aneignet[7]).

Dieses geht davon aus, in der gemeinschaftl. Begehung, der thätlichen Mitwirkung sei die Unterlassung der Abhaltung begrifflich enthalten, jene sei durch diese bedingt. § 361, 9 sei deshalb subsidiärer Natur, indem er voraussetze, dass der seiner daselbst bezeichneten Pflicht Zuwiderhandelnde wegen des treffenden Reats nicht als Thäter oder Teilnehmer zu bestrafen ist, und als 2. Beweis werden die Motive herangezogen: es habe der § nur die nötige Ergänzung bieten wollen,

---

1) Interessant wegen ihrer Unrichtigkeit die Darlegung Bürens (S. 43): Vorsatz und Fahrlässigkeit schliessen sich begrifflich aus. Daher ist die Haftung, wo sie von der Fahrlässigkeit in der Pflicht des guten Geschäftsmannes abhängig gemacht ist, ausgeschlossen, wenn wegen Teilnahme zu bestrafen ist. Bei Haftung wegen Mitwissenschaft oder Nichtabhalten, d. h. also für beide Fälle wegen pflichtwidriger Nichthinderung, bei der dolus gegeben sein kann, können durch dieselbe Handlung zwei Strafgesetze verletzt sein. Jedoch auch hier nur Bestrafung wegen Teilnahme nach dem Grundsatze der Idealkonkurrenz (!). Es kann also auf Bestrafung wegen Teilnahme und subs. Haftung nebeneinander nie erkannt werden.

2) Bem. 10 S. 486.

3) Bem. V c S. 579.

4) N. c zu § 361, 9: „Der Gewalthaber ist bezüglich der nämlichen Handlung zugleich Anstifter, Thäter oder Mitthäter bei der Zuwiderhandlung (Abs. I) und Thäter bei der Unterlassung."

5) N. 67 zu § 361.

6) II 24.

7) N. 4 zu art. 50 F.G.

wo die allg. Bestimmungen des St.G.B. über Thäterschaft und Teilnahme nicht ausreichten. Er habe den moralischen Urheber treffen wollen.

Also auch in dieser Beziehung soll § 361, 9 nur ergänzen!

Der Umstand, fährt die Entsch. fort, dass nach unserem § eine höhere Strafe als der Thäter des Frevels sie verwirkt hat, erkannt werden kann, könne allenfalls den Gesetzgeber veranlassen, für diesen Fall die Strafe des Forstgesetzes zu erhöhen, aber nicht den Richter ermächtigen, beide Strafbestimmungen neben einander anzuwenden.

Endlich stehe der von der Entscheidung vertretenen Ansicht der Schlusssatz der Z. 9 nicht entgegen. Dieser Vorbehalt spreche nur aus, dass die Z. 9 die Haftbarkeit nicht aufhebt, nicht aber, dass neben einer Bestrafung der Eltern als Mitthäter noch Z. 9 in Anwendung zu kommen habe. Die Beschränkung auf die Aufrechterhaltung jener Haftbarkeit spreche vielmehr dafür, dass eine solche kumulative Anwendung der Strafbestimmungen wegen Mitverübung des Frevels und wegen Nichtabhaltung von demselben ausgeschlossen sein sollte.

Dieses krasse Beispiel zeigt, wie sparsam man mit der Verwendung des argumentum e contrario umgehen soll. Jener Vorbehalt war aus mehrfachen Gründen teils nötig, teils angezeigt. Hier aber kann man sogar den Spiess umdrehen und sagen, hätte der Gesetzgeber nicht sowohl das Unterlassungs- als das Begehungsdelikt strafen wollen, so hätte er das ausdrücklich erklären müssen.

Ich muss daher aus den sub I angeführten Gründen gegenüber der communis opinio auf meiner Ansicht beharren. Und so ergibt sich das Bild, dass unter Umständen Haftung aus dem Partikulargesetz, Garantiestrafe aus dem Reichsgesetz und Bestrafung wegen Teilnahme zugleich kumulativ vorkommen und eine solche Beteiligung des Garanten an dem in seinem Interesse begangenen Delikte wird sogar sehr häufig sein[1]).

Aber noch eigentümlichere Konsequenzen zieht die Garantie in Hinsicht auf mehrfache Bestrafung durch die aus ihrem besonderen Verhältnis zum fremden Delikte sich ergebende Kumulation derselben Haftung nach sich.

§ 27.

Kumulation von Haftungen nach den Spezialgesetzen selbst.

Es haben mehrere demselben Gewalthaber untergebene Personen, z. B. mehrere Kinder oder mehrere Bedienstete, oder Kinder mit Dienst-

[1]) art. 56 bayer. F.G., welcher für jeden der mehreren Miturheber und Gehilfen die volle Strafe bestimmt (Abs. I u. II), führt in Abs. III im Gegensatz zum preuss. Recht eine Milderung herbei für die Fälle, wo mehrere zur nämlichen Familie gehörige Personen (art. 69 Z. 1—5, Hausgemeinschaft — Wirtschaftseinheit!) gemeinschaftlich einen Forstfrevel begehen, indem diese Personen miteinander samtverbindlich verurteilt werden, während zugleich auszusprechen ist, gegen welche Frevler die eventuelle Substituierung der Haftstrafe eintreten soll. Daneben geht die Haftung des Familienhaupts aus seinem Zivilverantwortlichkeitsverhältnis, die aber durch die Solidarität nicht praktisch wird. Ebenso nun art. 8 II pfälz. F.St.G. nach Ausf.Ges. z. B.G.B.

boten, oder mehrere Fabrikarbeiter u. s. w. ein Forst- oder Feld-, ein Zoll- oder Steuerdelikt begangen und zwar im Zustande strafrechtlicher Verantwortlichkeit.

Für sämtliche von diesen verwirkte Strafen haftet nun der eine Garant, obwohl er selbst am Delikt direkt gar nicht beteiligt ist, und ausserdem noch eventuell als Anstifter, Mitthäter, Gehilfe. Dabei ist zu beachten, dass gemäss der strengen Tendenz unserer Gesetze, so nach bayer. Forstgesetz, Beihilfe gleich schwer wie Mitthäterschaft gestraft wird.

Das gilt überall in unseren Spezialgesetzen, wo die Garantenstrafe in (mittelbarer) Haftung für die Thäterstrafe besteht, nicht bei der ausgebildeten materiellen Garantie, die als selbständiges Unterlassungsdelikt konstruiert ist. Bei 391, 9 wäre, wenn mehrere Gewaltbefohlene zusammen delinquieren, nur ein Unterlassungsdelikt vorhanden.

Jenes Verhältnis der Kumulation aber, das sich so bis ins Ungemessene steigern kann — man denke an ein Zolldelikt bei einem Warentransport, wo die Strafe jedes einzelnen ein Vielfaches des Wertes der bezüglichen Gegenstände, bezw. der hinterzogenen Abgabe neben der Konfiskation der Sache selbst ausmacht —, ergibt sich von selbst aus dem Wesen der Haftung, aus ihrem accessorischen Verhältnis zur That.

Bei der formellen Haftung entspringt aus demselben Garantenverhältnis bei Mehrheit der haftungsbegründenden Delikte dritter Personen ganz naturgemäss eine Mehrheit von Ansprüchen gegen den Garanten, die genau parallel den Strafansprüchen gegen den Thäter gehen. Es ist das durchaus keine Doppelbestrafung.

Und nur aus diesem Ursprung, aus der formellen Garantie und aus der damit eng zusammenhängenden Konstruktion der accessorischen Haftung für verwirkte Strafe eines Dritten erklärt sich bei den materiellen Garantiefällen der zweiten Gruppe der fiskalischen Gesetze die mehrfache Verwirkung, und so haben wir ein weiteres Argument, warum man nicht das ganze Haftungsinstitut auf die Basis eigenen Delikts stellen darf, vielmehr letzteres als die Ausnahme betrachten muss. Es ist ganz falsch, wie das alle Schriftsteller der Schuldtheorie thun, zu sagen, der Haftbare habe gegenüber jeder einzelnen Person seine Hinderungspflicht verletzt, sondern bei gemeinsamer Begehung durch mehrere solcher liegt nur ein einziges Unterlassungsdelikt, nicht Konkurrenz vor. Und so dokumentiert es sich im Hinblick auf § 361, 9 wieder, dass die materielle Garantie naturgemäss frei sein muss.

Hart allerdings ist jene Konsequenz, bedenkt man, dass die mehreren Thäter doch nur einen deliktischen Erfolg zusammen bewirken, sei es im Interesse des Haftbaren, z. B. des Fabrikherrn oder gegen ein solches, z. B. bei Felddiebstählen gegen den Herrn selbst! Viel billiger würde er wegkommen, wenn er selbst der Thäter wäre.

Aber gerade das entspricht der Natur und dem Mechanismus der Garantie und der schuldlosen Strafe.

Diese Kumulation wird auch von niemandem bestritten und selbst von denjenigen anerkannt, die eine Kumulationsmöglichkeit im Sinne des vorigen § leugnen [1]).

Das bayer. Recht hat allerdings in § 56 III F.G. eine teilweise Milderung statuiert, aber andererseits finden wir umgekehrt eine Steigerung: Wenn der Thäter zu mehreren Personen in einem haftungsbegründenden Verhältnis steht, so kann eine von diesen eben wegen seiner Garanteneigenschaft ganz allein verhaftet werden. Vergl. E. Zeitschr. VII 199.

Ich schliesse mit der E. d. R.G. v. 6. XI. 80: „Neben jeder von einem Gewerbsgehilfen verwirkten Geldstrafe besteht die subs. Haftverbindlichkeit des Gewerbetreibenden für diese; letzterer hat daher, wenn mehrere seiner Gewerbsgehilfen sich an der betr. Zuwiderhandlung beteiligt haben, auch für die dieserhalb verhängten mehreren Geldstrafen mit seinem Vermögen aufzukommen."

Ausser der im vorstehenden Kapitel besprochenen Häufung der Strafen ergeben sich aber aus dem Wesen der Haftung und ihrer positivrechtlichen Bildung noch anderweitige, eine grosse Härte darstellende Konsequenzen, die für die Deliktsauffassung geradezu unbegreiflich wären.

VII. Kapitel.

Bemessung der Haftung nach dem fremden Delikt.

§ 28.

Die absolute Bemessung der Haftungsstrafe im Zusammenhang mit dem Ersatz.

I. Der enge Zusammenhang zwischen der Haftung und der Prinzipalthat, der streng accessorische Charakter der ersteren, zeigt sich am evidentesten in dem Umstand, dass das den Garanten treffende Rechtsübel vollkommen nach der den Thäter treffenden Strafe bemessen wird, nicht nur, wo jener bloss für die von einem andern verwirkte Strafe haftet, sondern auch da, wo der andere straflos, ja wo er überhaupt nicht strafbar ist. Es wird da die Strafe, die ihn treffen würde, wenn er verantwortlich wäre, fingiert und dem Garanten, selbst wenn dieser schon ausserdem als Alleinthäter bestraft wird, eine Strafe von gleicher Höhe wie jene fingierte auferlegt, nicht die Strafe des Thäters auf ihn übertragen.

Dieses Verfahren, das der Idee eigenen Delikts widerspricht, ist also ein für das ganze Gebiet der Haftung geltendes, nicht etwa auf die subsidiäre Haftung beschränktes.

Für die formelle Garantie ist dieser formale Massstab auch der einzig Mögliche. Man hat ja keine Schuld des Garanten, an der

[1]) Eine Anregung, bei den Steuerdelikten, wenn an einer Defraudation mehrere Arbeiter desselben Herrn beteiligt sind, diesen nur einmal haften zu lassen, drang nicht durch.

man die Strafe desselben berechnen könnte und wird die formelle Haftung lediglich durch das fremde Delikt begründet, dem sie sich deshalb auch in der Strafhöhe, vermittelt durch das Garantenverhältnis, auf das Engste anschmiegt. Die dabei hervortretenden scheinbaren Abnormitäten in der Wirkung der Strafschärfungsgründe, denen wir in den folgenden §§ begegnen werden, sind die notwendigen Konsequenzen des Prinzips der schuldlosen Strafe.

Die materielle Garantie aber tritt, ihrem Wesen entsprechend, meist allein auf, mit eigenem Strafrahmen für das eigene Delikt, so in § 361, 9 St.G.B., und dass sie sich bei der zweiten Gruppe der Reichsgesetze in dieser Weise nach der Thäterstrafe richtet, ist nur historisch zu erklären aus ihrer Abkunft von der reinen, der formellen Garantie.

Halten wir uns vor Augen, dass wir es mit Überresten aus einer früheren Periode der Rechtsgeschichte zu thun haben, so erklärt sich konform der Anknüpfung der Haftbarkeit an objektive Momente der mechanische Massstab der Haftung nach der Strafe des Thäters und die mechanische Berechnung der letzteren selbst nach dem Werte des entzogenen und beschädigten Gegenstandes. Und dieser letztere Modus entspricht wieder dem absoluten Charakter der Haftung. Es ist das System der absoluten Strafe, welches nicht nach der Schuld der Strafe bemisst, sondern nach anderen Momenten und so aufs neue zeigt, dass nicht die Schuldidee die tragende Kraft ist.

Gerade diese Bemessung nach dem Werte des Deliktsobjekts aber weist auf die alten Gedanken der Wirtschaftseinheit und des Nachteils für den Vorteil hin.

Wir haben heute als Regel das System der relativ bestimmten Strafgesetze, welche dem Richter für jedes Delikt einen Strafrahmen festsetzen, innerhalb dessen er arbitrieren kann nach den Umständen des Einzelfalles. Durch diese Vereinigung der Freiheit des richterlichen Ermessens in der Strafzumessung mit der die Willkür ausschliessenden festen Begrenzung findet die Schuld des Verbrechers ihre angemessene Sühnung.

Nicht so im Polizeistrafrecht und speziell in unseren Gesetzen, die fast durchweg das System der absoluten Strafe angenommen, bezw. beibehalten haben. Bei dieser gibt es keine Strafzumessung.

Unsere Spezialgesetze wollen alle wirksam und zugleich rasch in einem summarischen Verfahren strafen.

So lassen sie einfach gewisse Personen haften, mögen sich diese eventuell am Thäter schadlos halten; so muss jedes Delikt irgendwie und von irgendwem gesühnt werden, so wird teilweise auf die Feststellung des subjektiven Thatbestands des Deliktes selbst, z. B. bei Zolldelikten, kein Wert gelegt, so wird auch kurz die absolute Strafe ausgesprochen.

Diese ist aber auch noch besonders geeignet, um bei Forst- und Felddelikten, wo es sich doch meist um unbedeutende Strafen handelt, die Prozesskosten die Strafe selbst nicht übermässig überschreiten zu lassen.

II. a) Die Strafe ist nämlich, natürlich die Geldstrafe, Freiheitsstrafe bildet ja hier die Ausnahme für ganz besonders qualifizierte Fälle, hinsichtlich ihrer Höhe in engste Verbindung mit dem zivilen

Schadens- bezw. Wertersatz gesetzt, und hier ist der Ort, die Bemessung des Wert- und Schadensersatzes selbst, auf den sich ja die Haftung auch erstreckt, zu betrachten.

Wie bereits dargelegt, differenzieren Strafe und Schadensersatz sich nur in den subjektiven Beziehungen und Zwecken der Leistung. Es ergibt sich so die bekannte Trichotomie Savignys[1]) in erhaltende Klagen, einseitige und zweiseitige Strafklagen. In unseren Gesetzen schlägt die Analogie der zweiseitigen Strafklage des röm. Rechts, z. B. der actio furti durch[2]), es wird die Strafe nach dem Schadensersatz bemessen, bleibt aber dabei ausschliesslich Strafe[3]). Daneben steht die erhaltende Klage hinsichtlich des Ersatzes, welche hier nur prozessual verbunden werden kann.

b) Das bayerische Recht anlangend, wird zwischen Wert- und Schadensersatz bei F.F. unterschieden. art. 62 F.G. Es sind aber damit lediglich die beiden Seiten des vollen Schadensersatzes, omne quod interest, nach allg. zivilist. Grundsätzen gemeint[4]), nämlich

α) Ersatz des Sachwertes, den die verlorene oder beschädigte Sache im gemeinen Verkehr hatte, bezw. die erlittene Wertsminderung.

β) Schadensersatz im Sinne des F.G. d. h. Ersatz des besonderen Vermögenswertes der Sache individuell für den Besitzer, des mittelbar durch das Delikt ihm zugegangenen Verlustes und des lucrum cessans.

Die zweite Grösse wird nach der ersten bei den einzelnen Delikten in einem arithmetischen Verhältnis bestimmt und sodann nach ersterer oder nach beiden die Strafe berechnet.

Als Beispiel diene art. 79, wo der Holzdiebstahl neben dem Ersatze des Wertes und eines Dritteils desselben für den Schaden mit einer der Summe der beiden gleichkommenden Geldstrafe belegt wird.

Die Motive[5]) begründen eingehend die Annahme dieses Systems der absoluten Strafen, welche sich nach Verhältnisteilen des Wertes des Entwendeten oder des verursachten Schadens bestimmen, als die Regel. Bei der ausserordentlich grossen Anzahl solcher Frevel müssten die Strafsätze sich fest und in bestimmten Grössen an den äusseren Thatbestand anschliessen, zumal dabei der objektiven Strafbarkeit, welche mit dem Werte des Entwendeten und der Grösse des Schadensbetrages ansteigt, die genaueste Berücksichtigung zu Teil werde, während die subjektive Strafbarkeit meist nicht sehr verschieden sei und jedenfalls durch das summarische Forststrafgerichtsverfahren nicht genügend zu ermitteln wäre.

Das also schon beim eigentlichen Delikt. Und nun kommt noch etwas hinzu, wodurch die mechanische Berechnungsweise ihren Höhepunkt erreicht, der Schaden wird nämlich nicht individuell taxiert, sondern nach art. 69 F.G. dienen „zur strafgerichtlichen Bemessung 1. des Wert- und Schadensersatzes, insofern derselbe nicht schon durch

---

1) Obligationenrecht II 297.
2) S. Oetker, Haftung S. 210.
3) Unterschied zur einseitigen Strafklage, wo beide Beziehungen vorliegen.
4) Vergl. Brater S. 519.
5) Zu Art. 40—65 2. Entw.

das Gesetz bestimmt ist[1]), 2. der Geldstrafe in denjenigen Fällen, in welchen der Betrag derselben durch den Wert des Gegenstands der Übertretung oder des Frevels bestimmt wird", distriktsweise nach den Lokalpreisen bemessene Wertbestimmungstabellen, welche von den beiden Kammern der Kreisregierung gemeinschaftlich alle drei Jahre aufzustellen und zu publizieren sind"[2]).

Ausnahmsweise findet sich im Forstgesetz auch ein Strafrahmen bei den Polizeiübertretungen, wobei indessen ursprünglich die Strafausmessungsgründe aufgezählt waren. Aber auch hier ist ein äusserer Massstab insofern gegeben, als sich nach art. 75 und 78 die Strafe nach Hektaren der in Frage kommenden Fläche berechnet.

Nach der relativ bestimmten Thäterstrafe bemisst schliesslich auch art. 122 P.St.G.B. die Haftung.

c) Die preuss. Gesetze unterscheiden gleichfalls Wert- und Schadensersatz. § 9 F.D.G. lässt obligatorisch im Strafverfahren die Verpflichtung des Schuldigen zum Ersatz des Wertes des Entwendeten an den Bestohlenen neben der Strafe aussprechen, während der Ersatz des ausser dem Werte des Entwendeten verursachten Schadens nur im Wege des Zivilprozesses geltend gemacht werden kann.

Vom F.F.P.G. ist primär im § 67 der ganze Schadensersatzanspruch auf den Zivilrechtsweg verwiesen.

Bei Entwendungen jedoch (§§ 18—21) muss auf Antrag des Beschädigten neben der Strafe die Verpflichtung des Schuldigen zum Ersatz des nach örtlichen Preisen abzuschätzenden (d. h. des gemeinen Wertes) des Entwendeten an den Beschädigten erfolgen und wird durch diesen Antrag der weitergehende Anspruch auf Schadensersatz nicht ausgeschlossen (§ 68).

Auf den Wertersatz also, soweit er im Strafverfahren geltend gemacht wird, erstreckt sich die Haftung mit.

Die Strafe selbst aber, die neben der Ersatzpflicht verhängt wird, wird in Übereinstimmung mit den älteren preuss. Gesetzen vom Forstdiebstahlsgesetz in §§ 2 und 3 nach dem fünf- bezw. zehnfachen Wert des Entwendeten bemessen, so dass wir auch hier das System der absoluten Strafe und das Verhältnis der Strafe zum Wertersatze und der Haftung für beide wie im bayerischen Recht haben. Und nach § 9 II wird der Wert des Entwendeten sowohl hinsichtlich der Geldstrafe als hinsichtlich des Ersatzes, wenn die Entwendung in einem kgl. Forst verübt worden, nach der für das betr. Forstrevier bestehenden Forsttaxe, in anderen Fällen nach den (durchschnittlichen!) örtlichen Preisen abgeschätzt.

Den konkreten Verhältnissen wird erst im Zivilprozess Rechnung getragen.

Das F.F.P.G. dagegen kennt nur relativ bestimmte Geldstrafen, weshalb auch der Wertersatz in der geschilderten Weise für das Strafverfahren in den Hintergrund gedrängt ist.

---

[1]) Es kommt nämlich auch absolute Festsetzung eines bestimmten Betrags als Schadensersatz vor.

[2]) Vergl. über die unbedingte Anwendung dieser Tabelle O.L.G.E. v. 14. VII. 91, VI 517, E. d. O.A.G. v. 18. I. 61, Zeitschr. VIII 7, O.L.G.E. v. 18. IV. 82, II 55.

d) Im fiskalischen Rechte endlich ist die Strafe als Vielfaches der geschmuggelten Sache oder der hinterzogenen Steuer bestimmt. Die Nachzahlung der geschuldeten Steuer (= Wertersatz an den Fiskus) geht nebenher.

III. Bei dieser Gegenüberstellung von absolutem und relativem Strafensystem ergibt sich namentlich eklatant die Angemessenheit des ersteren an der unmittelbaren Haftung des preuss. Rechts, auf welchen Punkt noch kurz hinzuweisen ist[1]). Im F.D.G. ist dadurch für die Garantenstrafe eine feste Grösse gegeben, währenddem nach dem F.F.P.G. der Richter eine Strafe arbitrieren soll, zu deren Bemessung ihm mangels Schuld des Thäters jeder Anhaltspunkt fehlt. Und ferner ergibt sich beim relativen System das absonderliche Resultat, dass die Umstände, welche innerhalb des Strafrahmens für den Thäter strafmindernd oder straferhöhend wirken, auf die Höhe der Strafe des Garanten influieren, während umgekehrt derartige Umstände in seiner Person ganz gleichgültig sind.

§ 29.

Einfluss der in der Person des Thäters vorliegenden Strafschärfungsgründe.

I. Nicht nur die etwaigen Strafzumessungsgründe bezüglich des Thäters sind für die Garantenstrafe bestimmend, sondern es wirken sogar die in der Person des Thäters oder einer Begehungsmodalität seiner That liegenden Strafschärfungsgründe, für welche eigene Strafgrössen, höher als die absolute Regelstrafe oder über den Strafrahmen der relativen hinaus, aufgestellt sind, teilweise eine schwerere Strafart bestimmt ist.

Es trifft den Garanten die qualifizierte Strafe, obwohl die bezüglichen Momente bei ihm gar nicht vorliegen, so dass er weit besser daran wäre, wenn er selbst die That begangen hätte[2]). Für materielle Garantie ist dieses Resultat ein ganz krasses, während es sich bei formeller Haftung dem Gesamtbilde einfügt.

II. Unsere Spezialgesetze haben neben jenen des allg. Strafrechts eine Reihe Strafschärfungsgründe für ihr Gebiet aufgestellt.

a) So führt das bayer. F.G. art. 59 „vorbehaltlich der in den einzelnen Artikeln bezeichneten besonderen Strafschärfungsgründen“ 13 allgemeine auf, z. B. Modalitäten der Begehung, ähnlich wie beim Diebstahl, die Absicht der Veräusserung, welche „vermutet wird“, wenn nach Beschaffenheit des Entwendeten und der persönlichen oder häuslichen Verhältnisse die Bestimmung zu eigener Verwendung ausgeschlossen erscheint, vor allem aber in Z. 12 den Rückfall, der jedoch gegenüber dem Reichsrecht besonders gestaltet ist. Die dem absoluten Strafensystem entsprechende feste Wirkung dieser Strafschärfungsgründe

---

[1]) Jenem System entspricht u. a. auch, dass der Garant sogar für die gegen ihn selbst verübten Delikte zu haften hat.

[2]) Anders § 50 St.G.B. bei Teilnahme.

besteht nach art. 60 darin, dass die einfache Strafe um die Hälfte erhöht werden muss und bis zu ihrem dreifachen Betrag erhöht werden kann. Diese Erhöhung muss der Zivilverantwortliche mittragen, da er nach art. 69 schlechthin ohne Unterscheidung für die volle Grösse der verwirkten Strafe haftet. Das wäre bei materieller Garantie geradezu undenkbar.

Es ist aber diese Konsequenz allseits anerkannt, so in E. d. O.L.G. v. 28. VII. 81 zu § 13 pfälz. F.St.G.

b) Desgleichen gibt das preuss. F.D.G. § 3 eine Reihe von Qualifikationsgründen mit der Wirkung, dass die Strafe den zehnfachen Wert des Entwendeten im Gegensatz zum fünffachen beim einfachen Holzdiebstahl des § 2 beträgt, und im § 7 ist gesondert der Rückfall behandelt. Für das F.F.P.G. dagegen kommen konform seinem System nach § 2 bestimmte „Schärfungsgründe für die Strafzumessung" (eigentlich Straferhöhungsgründe), darunter auch in Z. 6 der Rückfall, welcher dann in § 3 besonders definiert wird, nur innerhalb des Rahmens in Betracht.

Dabei ist aber immerhin die Haftung auf die Geldstrafe begrenzt. Der dem Thäter Freiheitsstrafe eintragende „ausgezeichnete Rückfall" und der „Gewohnheitsfrevel" befreien daher sogar von der bei den leichteren Delikten eintretenden Haftung, während im preuss. Recht, § 6 und 8 F.D.G., neben der Geldstrafe und der Haftung für diese gegen den Thäter auf Gefängnisstrafe erkannt werden kann.

c) Die gleiche Erscheinung begegnet im Zoll- und Steuerstrafrecht z. B. § 140 V.Z.G. (Verdoppelung der Geldbusse beim Rückfall) und § 41 (Strafe des ferneren Rückfalls).

III. Wie diese Gestaltung die Auslegung der Gesetze im Sinne formeller Garantie bestätigt, so gibt es natürlich bei letzterer keine in der Person des Garanten wirkenden Qualifikationsgründe; es würde dies auch dem accessorischen Charakter unserer Haftungen, selbst bei den wenigen Fällen materieller Garantie widersprechen, während doch die materielle Garantie an sich diese Berücksichtigung fordern würde, ein erneuter Beweis dahin, dass die formelle Haftung in unseren Gesetzen das Natürliche ist. Für die selbständige Haftung des § 361, 9 tritt diese Frage gar nicht auf.

§ 30.

Einfluss der Schuldausschliessungsgründe — Haftung Deliktsunfähiger und Stellung des gesetzlichen Vertreters.

I. Dass die in der Person des Thäters vorhandenen Schuldausschliessungsgründe den Garanten nicht befreien, sondern umgekehrt häufig den Grund und die Bedingung seiner Haftung bilden, ist bereits bekannt.

Es fragt sich nun, ob umgekehrt solche Gründe in der Person des Garanten wirken können.

Sind bei der formellen Haftung neben den haftungsbegründenden Thatsachen etwa noch subjektive Erfordernisse aufzustellen aus der

legislativen Grundlage der Haftung heraus, wonach ein Autoritätsinhaber hindern und einstehen soll für sein Machtbereich? Kann also ein Wahnsinniger, Strafunmündiger Garant sein?

In der Mehrzahl der Fälle wird schon nach den Gesetzen selbst der Garant eine zurechnungsfähige Person sein, indem sich mit der Stellung als Vater u. dergl. die thatsächliche Gewalt und Aufsicht kombiniert. Es kann aber auch lediglich die Eigenschaft als Dienstherr oder vor allem im fiskalischen Recht die juristische Inhaberschaft des Betriebs in Betracht kommen.

Ausser Zweifel steht die Sache bei den juristischen Personen, die insofern später gesondert zu behandeln sind. Bei ihnen genügt der objektive Bestand der haftungsbegründenden Verhältnisse, da nur bei physischen Personen Schuld in Frage kommen kann.

II. Es sei gestattet, analogieweise einen kurzen Hinweis auf die Frage der Schadensersatzpflicht Deliktsunfähiger, wie sie zum B.G.B. behandelt wurde, vorauszuschicken.

Es wurde in § 829 das Veranlassungsprinzip sanktioniert, um aus Billigkeitsrücksichten dem Beschädigten Ersatz aus dem Vermögen des Deliktsunfähigen zu verschaffen[1]). Die Minderheit machte dagegen „im Anschluss an Ihering und das römische Recht“ geltend, dass nicht die schädigende Handlung, sondern nur die in ihr verkörperte Schuld des Thäters die Ersatzpflicht begründe.

Dem konnte man aber entgegenhalten, es sei damit das Interesse des Beschädigten, soweit es nicht in anderer Weise gewahrt werde, dem Irrenden und dem Deliktsunfähigen schutzlos preisgegeben. Die mittels des Erfordernisses des Verschuldens gewonnene Abgrenzung der Rechtskreise haben hier eine Lücke und diese könne nur durch Aufstellung einer gesetzlichen Garantiepflicht ausgefüllt werden. Diese sei eine Fortentwickelung des Gedankens, welcher der Aufstellung eines objektiven Masstabes für die Fahrlässigkeit zu Grunde liegen. Durch die Garantiepflicht gewinne der äussere Bestand der Rechtsordnung erhöhten Schutz; auch der Deliktsunfähige und der Irrende müssen dafür einstehen, dass sie in den äusseren Bestand der Rechtsordnung nicht eingreifen und den Rechtsfrieden nicht stören[2]).

Diese Ausführungen zeigen die Möglichkeit der Haftung Deliktsunfähiger, freilich nur auf zivilist. Gebiete und wegen eigener That. Aber ein verwandter Gedanke steckt in ihnen.

III. Im Hinblick auf die historische Entwickelung unserer Haftung aber, im Hinblick auf den Gesichtspunkt der Wirtschaftseinheit und den objektiven Mechanismus des ganzen Instituts, endlich aus seinen Zwecken ist aber eine Garantenhaftung Deliktsunfähiger sehr verständlich.

Der Garant als solcher ist nicht Subjekt eines Delikts.

---

[1]) Vergl. Protokolle II 585.

[2]) Vergl. auch ebendort: „Verschiedene Gesetzgebungen bes. das pr. A.L.R., das österr. B.G.B., das schweiz. B.G. über das Obl.Recht und der bayer. Entw. gewähren einen Schadensersatzanspruch auch gegen den deliktsunfähigen Thäter.“

a) Die rein formale Garantie ist unweigerlich gegeben, sobald die beiden äusseren Momente, Garantenverhältnis und fremdes Delikt, vorliegen, ein subjektiver Thatbestand, Schuld, wird nicht erfordert, und daher kommt die Zurechnungsfähigkeit des Garanten, der mit seinem Vermögen haftet, nicht in Betracht.

b) Bei der formellen Garantie mit möglicher Schuld ändert sich die Sache aber infolge Relevanz der Pflichtverletzung im Haftausschliessungsgrund. Zwar ist auch hier die formelle Haftung das primäre und daher die Zurechnungsfähigkeit nicht Haftungsvoraussetzung, die Unzurechnungsfähigkeit aber kann einen Grund zum Wegfall der Haftung bieten. Denn im unzurechnungsfähigen Zustand ist man ausser stand, zu hindern. So kann in der That dieser Grund, aber nicht im Sinne eines Schuldausschliessungsgrundes, sondern eben als Haftausschliessungsgrund wirken, mag er vom Richter festzustellen oder vom Garanten bez. seinem gesetzlichen Vertreter geltend zu machen sein.

Auf diese Weise ist für die überwiegende Mehrzahl der für vorwürfige Abhandlung in Betracht kommenden Haftungen die Frage einfach und den Anforderungen, die man an das Recht zu stellen pflegt, vollkommen genügend beantwortet.

c) Bei der materiellen Garantie als einem gewöhnlichen Unterlassungsdelikt ist an sich natürlich Deliktsfähigkeit des Garanten erforderlich.

IV. Nun kommt aber noch etwas ganz Eigenartiges hinzu. Der Deliktsunfähige (abgesehen von den Fällen der momentanen Unzurechnungsfähigkeit, für die das bisherige gilt,) wird in der Regel, schon für das zivile Rechtsleben, einen gesetzlichen Vertreter haben.

Dieses Verhältnis gibt v. Kries[1]) Anlass, die strafrechtliche Natur der Haftung zu bestreiten, weil nicht nur Kollektivpersönlichkeiten, sondern auch Stiftungen und vor allem Jugendliche im Gebiete des fiskalischen Rechtes hafteten, und weil es hierbei nicht auf ihre Diligenz und darauf ankomme, ob sie die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht besitzen, auch die Altersstufe von 12—18 Jahren nicht in Betracht käme, sondern bei allen minderjährigen Personen ihre subsidiäre Haftbarkeit von dem Verhalten ihres gesetzl. Vertreters abhänge und gegen diesen der Strafbescheid erlassen werde.

a) Thatsächlich ist, was die fiskal. Haftung anlangt, das Verhältnis so gelagert, wie es Kries schildert, und zwar auch bei den Fällen der materiellen Haftung.

Den gesetzlichen Stützpunkt bilden die neutralen Ausdrücke: Wer Brennerei treibt[2]), der Inhaber der Zuckerfabrik, der Besitzer u. s. w. Inhaber ist der, auf dessen Rechnung der Betrieb geführt wird. „Brennerei treibt“ für ihn der gesetzl. Vertreter.

Und in dieser Gestaltung zeigt sich deutlich die Entwickelung aus der formellen Garantie, während bei dem reinen Deliktsstandpunkt jene ganz undenkbar wäre.

---

1) Lehrb. des Strafprozessrechts S. 230, 231.

2) Nicht bloss, wie Büren S. 45 meint, sind erst die Ausdrücke der neuesten Gesetze hinreichend farblos.

Es handelt sich hier um Haftung für Strafen, die wesentlich mit dem Betriebe des Gewerbes zusammenhängen. Deshalb wird die Strafe entnommen aus dem Betriebsvermögen [1]), Garant ist der juristische Inhaber des Betriebes, einerlei, ob es ein Jugendlicher ist, was häufig der Fall sein kann; demgemäss kommt es für die Haftung des Inhabers nicht auf eine Altersgrenze an. Nach der Person des gesetzlichen Vertreters aber, welcher, den Willen des Vertretenen ersetzend, in dieser Beziehung mit ihm zur Einheit verschmilzt, beurteilen sich die subjektiven Voraussetzungen und sonstigen subjektiven Momente der Haftung; aber er behält auch hierbei und im Prozess ganz die Stellung des gesetzl. Vertreters, ähnlich wie bei der Privatklage, nicht er wird gestraft, sondern der Jugendliche, den er vertritt.

Dadurch werden wir auf den Ursprung der Haftung zurückgeleitet. Das Vermögen wird gestraft, es haftet die Wirtschaftseinheit. Es garantiert nicht sowohl der Haftbare persönlich, als sein Vermögen. Zugleich kommt dabei auch das Autoritätsverhältnis zur Geltung, indem in dieser Beziehung der gesetzl. Vertreter die Stellung des Mündels einnimmt.

So bilden also selbst die Fälle der materiellen Garantie ein Beispiel von der Schuldlosigkeit des eigentlich Haftenden. Bei der formellen Garantie haftet der Deliktsunfähige als solcher selbstverständlich ohne das Medium des gesetzlichen Vertreters, dagegen möchte ich schon im Hinblick auf die Gestaltung bei der materiellen Garantie annehmen, dass bei der Mittelgruppe der form. Haftung mit möglicher Schuld die Voraussetzungen des Haftausschliessungsgrundes aus der Person des gesetzlichen Vertreters zu beurteilen seien, so dass bei gesetzlicher Vertretung den Garanten seine Unzurechnungsfähigkeit nicht schützt.

b) Noch ein weiteres. Es kommt hier für den Minderjährigen eine strafrechtliche Altersgrenze überhaupt gar nicht in Betracht, sondern bis zum vollendeten 21. Jahre richtet sich die Haftung des Garanten, soweit Schuld in Frage kommt, nach der Schuld des gesetzlichen Vertreters, der vicario nomine die Aufsichtspflicht ausübt, und bis dahin richtet sich auch das Verfahren gegen die Person des Vertreters. Strafprozessual besässe der Garant die persona standi in iudicio ja bereits seit dem vollendeten 12. Lebensjahr, er könnte, was die Periode bis zum 18. Jahr anlangt, auch in concreto deliktsfähig sein, und gar in der Zeit vom 18. bis zum 21. Jahr würde strafrechtlich und strafprozessual der Minderjährige in keiner Weise sich vom Volljährigen unterscheiden. Aus dieser massgebenden Stellung der zivilprozessualen Handlungsfähigkeit folgert nun v. Kries, dass die Haftung nicht kriminell sein könne. Aber der entscheidende Zeitpunkt der Volljährigkeit und des Ausscheidens des gesetzlichen Vertreters deckt sich doch gerade mit dem Zeitpunkt, in welchem der Garant, der bis dahin gar nichts in den Betrieb hineinzureden hatte, wenigstens rechtlich nicht, die Verwaltung seines Vermögens übernimmt, und dieser Gesichtspunkt ist der entscheidende und zugleich der Grund

[1]) „Wer Brennerei treibt, haftet mit seinem Vermögen“ (§ 66 alten Brtw.St.G.), welche Ausdrucksweise Stenglein zu einer zivilist. Auffassung verführt.

dieser Behandlung. Eine andere Art wäre innerlich nicht gerechtfertigt. Dadurch verliert die Haftung ebensowenig ihren kriminellen Charakter, wie im Privatklageverfahren die Beleidigung und Körperverletzung ihre strafrechtliche und höchstpersönliche Natur dadurch einbüsst, dass nicht der verletzte Minderjährige, sondern sein gesetzlicher Vertreter auftritt.

Der letztere ist in unseren Fällen im Strafverfahren ganz analog gestellt wie sonst bei der Privatklage, er ist nicht Partei, sondern gegen ihn wird lediglich in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter verfahren und daher trifft nicht ihn die Strafe, sondern den juristischen Inhaber des Betriebes; der Vertreter entnimmt die Summe aus dem Mündelvermögen, aber nicht aus dem privaten, sondern aus dem Geschäftsvermögen.

Eine andere Frage ist natürlich die, inwieweit der Vormund wegen vormundschaftlichen Verschuldens dem Mündelvermögen zum Ersatz verbunden ist.

c) Soweit der Betriebsleiter nicht gesetzlicher Vertreter des Inhabers ist, kommt ihm eine derartige Stellung wie die oben geschilderte nicht zu, im Gegenteil, der Inhaber haftet immer als solcher schlechthin oder für ein Verschulden in der Anstellung oder Aufsicht über denselben und garantiert für ihn. § 58 Z.St.G. v. 1896 sagt das ausdrücklich: „vertretungsverbindlich für Verwalter (Betriebsleiter u. s. w.)“. Die Aktiengesellschaft haftet für ihren Direktor als ihren Angestellten, und der Grundbesitzer, der vielleicht in Berlin wohnt und in Ostpreussen eine Brennerei oder eine Zuckerfabrik durch einen Direktor betreiben lässt, haftet ebenso für diesen. Es steht der dispositionsfähige oder gesetzlich vertretene Besitzer, letzterenfalls mit seinem gesetzlichen Vertreter als solchem im Gegensatz zum technischen Leiter[1]).

Und hierauf bezieht sich die Übertragungsmöglichkeit der prinzipalen strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach §§ 28, 29 Brtw.St.G. v. 1887, §§ 51, 52 Z.St.G. v. 1887 und §§ 54, 55 Z.St.G. v. 1896 vom Fabrikbesitzer auf den Leiter des Betriebes. Diese prinzipale Verantwortlichkeit des Besitzers als solche für gewisse gesetzwidrige Vorrichtungen und Anlagen ist aber etwas ganz anderes als die subsidiäre Vertretungsverbindlichkeit, die auf ihm trotz jener Übertragung sitzen bleibt. § 29 a. a. O. sagt ausdrücklich: „es geht die strafrechtliche Verantwortlichkeit unbeschadet der subsidiären Vertretungsverbindlichkeit des Brennereibesitzers gemäss § 32 auf den Brennereileiter über“[2]). Es ist daher grundfalsch, wenn Büren, S. 39 und 40, die subsidiäre Haftung juristischer Personen und Deliktsunfähiger auf jene §§ stützt, zumal diese prinzipale Verantwortlichkeit, die ursprüngliche wie die übertragene, nach eben jenen §§ nur dann eintritt, „wenn festgestellt ist, dass die Zuwiderhandlung mit Willen oder Wissen des Brennereibesitzers bezw. Leiters verübt worden ist“.

---

[1]) Für den gesetzlichen Vertreter wird direkt gehaftet, für den Angestellten subsidiär.

[2]) Die neueren Gesetze schweigen darüber als über etwas selbstverständliches, was sich aus der Stellung im Gesetze ergibt.

Daher kann man auch für die später besonders zu betrachtende Frage der Haftung juristischer Personen mit der Unterscheidung nicht operieren, die jene Bestimmungen machen, wenn es z. B. in § 55 Z.St.G. heisst: „Steht eine Zuckerfabrik im Besitz einer Korporation oder Gesellschaft, so trifft die nach § 54 dem Fabrikinhaber obliegende strafrechtliche Verantwortlichkeit den nach § 20 bestellten Fabrikleiter [1]). Leitet in anderen Fällen der Inhaber einer Zuckerfabrik den Betrieb nicht selbst, so kann er die Übertragung der vorbezeichneten strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf einen in seinem Namen und Auftrag handelnden Betriebsleiter (§ 20) bei der Steuerbehörde in Antrag bringen. Falls der Antrag genehmigt wird, geht die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf den Betriebsleiter über."

Dies zur Ergänzung des Bildes, indem hier offensichtlich unter „Inhaber" der gesetzliche Vertreter mitverstanden ist.

Für die beiden anderen Rechtsgebiete unserer Abhandlung hat die vorstehend zuletzt behandelte Frage ihrer Natur nach wenig Bedeutung. Es haftet der Vater, Vormund als solcher, nicht als gesetzlicher Vertreter, der er aber zugleich ist, für das Delikt seines Kindes und Mündels. Nur beim bevormundeten Waldbesitzer des art. 70 bayer. F.G. dürfte die Person des gesetzlichen Vertreters bezüglich des Haftausschliessungsgrundes und des Verfahrens in Frage kommen, wie jener Fall ja den fiskalischen Haftungen innerlich verwandt ist.

§ 31.

Wirkung der Strafausschliessungsgründe.

I.

Die nunmehr zu erörternde Frage steht im engsten Zusammenhang mit dem bisherigen, indem es sich auch hier darum handelt, ob Gründe, die für den Haftbaren als Thäter die Strafe ausschliessen würden, auch für den Garanten wirken und ferner wie die in der Person des Thäters auftretenden Strafausschliessungsgründe bei subsidiärer Haftung auf den Garanten influieren.

Dass hier besondere Resultate sich ergeben werden, folgt aus dem Unterschied von Schuldausschliessungsgrund zu Strafausschliessungsgrund, letzteren Ausdruck im Sinne von Strafaufhebungsgrund [2]) gebraucht. (Parallele zum Haftausschliessungsgrund in unseren Gesetzen.)

Im allgemeinen Strafrecht gibt es drei äussere Umstände, welche den völlig existent gewordenen Strafanspruch des Staates gegen den Thäter hinterher in Wegfall bringen, nicht die Schuld, nur die Strafe aufheben, nämlich Verjährung, Tod und Begnadigung.

a) Bisher ist diese Frage nur einseitig für die subsidiäre Haftung und zwar, soweit vom kriminellen Standpunkt, lediglich unter dem

[1]) § 20: Korporationen und Gesellschaften, welche Zuckerfabriken besitzen, sowie andere den Betrieb nicht selbst leitende Inhaber solcher Fabriken haben der Steuerbehörde diejenige Person zu bezeichnen, welche als Betriebsleiter in ihrem Namen und Auftrag handelt.

[2]) Im Gegensatz zum Straflosigkeitsgrund.

Gesichtswinkel eines selbständigen, aber zum Delikt des Thäters in gewissen Wechselbeziehungen stehenden Delikts, behandelt werden[1]).

v. Liszt dagegen schliesst in Konsequenz seiner Grundauffassung die Begnadigung ganz aus und lässt für die Verjährung der Haftung die weit über die Verjährung der Hauptthat hinausgehende zivile Frist anwenden. Binding lässt die Haftung trotz ihrer publizistischen Natur der Gnade unzugänglich sein und nur die Verjährung der Strafklage aus dem prinzipalen Delikt die Inanspruchnahme des „Bürgen" ausschliessen. Oppenhoff endlich interpretiert in seinem Kommentar zu § 66 „Strafverfolgung" extensiv dahin, dass dieser Ausdruck auch die Geltendmachung der „Zivilhaftbarkeit" für die von anderen verwirkten Geldstrafen umfasse.

b) Das richtige Resultat wird durch eine Betrachtung aller Garantiefälle erzielt.

Das Garantenverhältnis erzeugt bei geschehener Rechtsverletzung einen Strafanspruch des Staates gegen den Garanten, sei es, dass derselbe lediglich durch diese Umstände begründet oder durch ein eigenes Delikt desselben vermittelt wird. Soweit eine Thäterverurteilung nicht in Betracht kommt, steht dieser Strafanspruch ganz selbständig da, also bei der alleinigen und unmittelbaren Haftung, bei der Haftung ohne Rücksicht auf Thäterhaftung. Schon bei der solidarischen, hauptsächlich aber bei der subsidiären Haftung kommt dann noch das Abhängigkeitsverhältnis der Garantenverurteilung zur Thäterverurteilung in Betracht.

Bei der ersten Gruppe sind demgemäss nur Strafaufhebungsgründe in der Person des Garanten möglich, bei der zweiten Gruppe steht dann noch der Einfluss der in der Person des Thäters eintretenden Strafaufhebungsgründe und die umgekehrte Wirkung in Frage.

Für alle Fälle der Garantie gilt also der Satz, dass dieselben Strafaufhebungsgründe wie im allgemeinen Strafrecht beim Thäter in der Person des Garanten auftreten, dass daher Tod, Verjährung, Begnadigung Haftaufhebungsgründe bilden. Denn diese Gründe sind äussere Akte, die mit einer begrifflich notwendigen Schuld nichts zu thun haben, sondern lediglich aus dem Strafcharakter der Haftung ihre Anwendung erheischen[2]). Bei der formellen Haftung gilt die Analogie des Delikts und bei der materiellen liegt ein Delikt selbst vor.

Was aber die andere Wirkung bei der subsidiären Haftung anlangt, so entspricht eine solche eigentlich nur dem Wesen der formellen Haftung, während bei materieller Haftung das selbständige Delikt auch ganz selbständig auftreten müsste. Nur bei § 361, 9 zeigt es sich in seiner richtigen Gestalt, welche Bestimmung daher hier ausgeschaltet werden kann.

II.

Gehe ich damit auf die Wirkung jener Umstände im einzelnen und unter besonderer Abhebung auf die Subsidiarhaft ein, nachdem die

1) Leverkühn a. a. O. S. 308 ff., Engels a. a. O. S. 151 ff., Haimann a. a. O. S. 55 ff., Büren a. a. O. S. 44 u. 45.

2) Für die zivilen Ersatzansprüche des Beschädigten gilt das nicht.

anderen Fälle durch das Vorerwähnte in der Hauptsache bereits gedeckt sind, so wende ich mich zunächst zu

A. der Verjährung.

1. Aus dem Bisherigen ergibt sich ohne weiteres, dass die strafrechtlichen Verjährungsgrundsätze auf die Garantiefälle anzuwenden sind, ferner, dass die Verjährung für den Garanten, die diesen von seiner Strafe befreit, unabhängig neben der zu Gunsten des eigentlichen Thäters besteht.

Es sind daher die §§ 66 bis 72 R.St.G.B. massgebend, soweit nicht (§ 2 E.G.) die Partikular- bezw. die besonderen Reichsgesetze selbst anderes bestimmen.

Nun unterscheidet man Verjährung der Strafverfolgung, des Strafklagerechts und der Strafvollstreckung, der erkannten Strafe.

a) Das bayerische Recht (abgesehen vom P.St.G.B.), welches die erstere Verjährung der „Strafbarkeit" nannte, regelt beide Arten abweichend vom Reichsrecht in art. 72 u. 73 Forstgesetzes.

Da die Zivilverantwortlichkeit im Falle des art. 69 von einer Mitverurteilung des Thäters abhängig ist, so muss gegen diesen ein Urteil vorliegen und fällt mit der Verfolgungsverjährung gegen ihn auch die Haftung einschliesslich der Geltendmachung der Wert- und Schadensersatzpflicht im Strafverfahren auf Grund des art. 69 fort[1]). Der etwaige Ersatzanspruch nach allgemeinen Zivilrechtsgrundsätzen, z. B. jetzt B.G.B. § 830 und die eventuelle Geltendmachung der Haftung für Ersatz vor den Zivilrichtern (s. unten S. 219) bleibt natürlich unberührt.

Für art. 69 gilt also das Prinzip der strengen Accessorität hinsichtlich der Verjährung der Haftung.

Wie aber für den anderen Fall, wenn der durch rechtskräftiges Urteil zuerkannte staatliche Strafanspruch gegen den Thäter verjährt ist? Die Zivilverantwortlichkeit ist eine Haftung für verwirkte Geldstrafe, die dann eintritt, wenn vom Thäter nichts zu haben ist. Da art. 69 ganz allgemein spricht, nicht die fruchtlose Zwangsvollstreckung zur strikten Voraussetzung macht, so würde m. E. auch der Umstand, dass der Thäter wegen Vollstreckungsverjährung nicht zu packen ist, die subsidiäre Haftung, wenn diese nicht selbst verjährt ist, auslösen[2]).

b) Das preussische F.D.G. gibt im § 18 eine gegenüber dem Reichsrecht abweichende Regelung dahin, dass „die Strafverfolgung wegen Zuwiderhandlungen gegen dieses Gesetz", abgesehen vom Rückfall, in 6 Monaten verjährt, bezw. der Vollstreckungsverjährung acceptiert

---

[1]) Vergl. in diesem Sinne o. E. v. 20. VII. 55, Zeitschr. II 303. Falsch o. E. v. 20. X. 73: Der Anspruch gegen den Zivilverantwortlichen (aus art. 69) sei von vorheriger Aburteilung der Untergebenen unabhängig. S. unten § 38.

[2]) Für Bayern noch zu vergl. E. d. O.L.G. v. 21.VI. 82 II 102: Die Bestimmung des art. 50 F.G., dass die auf F.F. bezüglichen Zuwiderhandlungen gegen § 361, 9 Forstrügesachen bilden, hat nur prozessuale Bedeutung, um die gleichzeitige Aburteilung mit den betreffenden F.F. zu ermöglichen, während die materiell rechtlichen Bestimmungen des R St.G B. über die Verjährung der in demselben vorgesehenen Übertretungen natürlich unverändert bleiben. Ist also mit Begehung eines Forstdelikts eine Übertretung des § 361, 9 St.G.B. verbunden, so tritt nach § 67 daselbst für diese die selbständige Verjährung nach drei Monaten ein, nicht, wie bei Forstdelikten, erst nach einem Jahr.

es die Bestimmungen des St.G.B. durch Stillschweigen, wie dies das F.F.P.G. bezüglich der beiden Arten thut (vergl. § 1 dieses Ges.).

Allerdings erscheint die Haftung nicht direkt als eine „Zuwiderhandlung gegen dieses Gesetz", sondern ist zu einer solchen in Gegensatz gebracht in den bezüglichen Haftungs-§§ selbst. Aber die Tendenz, die legislative Grundlage der mittelbaren und namentlich der unmittelbaren Haftung zwingt dazu, nachdem die Haftbarkeit Bestandteil des Gesetzes und nichts Besonderes gesagt ist, jene Grundsätze zur Anwendung zu bringen.

c) Bei den reichsrechtlichen Haftungsfällen liegen die Verhältnisse genau ebenso und greifen natürlich die Vorschriften des R.G.B. bei Schweigen der Gesetze erst recht Platz[1]).

Man kann aber weder eine völlige Unabhängigkeit beider Verjährungen statuieren, noch der Ansicht Schönfelds[2]) sich anschliessen, dass die Haftpflicht zu eng an die That und deren Bestrafung gebunden sei, als dass das Schicksal beider verschiedenen Lauf nehmen könnte.

Vielmehr liegt die Wahrheit in der Mitte, entsprechend dem Wesen der subsidiären Haftung — eigene Strafe, aber in gewissem Verhältnis zur Thäterstrafe, und nur in wenigen Fällen eigenes Delikt.

2. Es muss daher diese Frage im einzelnen beantwortet werden, nämlich wie gestaltet sich Beginn, Ende, Ruhen und Unterbrechung zunächst der

a) Verfolgungsverjährung.

α) Dieselbe beginnt, und hier zeigt sich das enge accessorische Verhältnis, im Momente der That des Hauptschuldigen. Denn bei der formellen Haftung hat man überhaupt keine eigene That bezw. Unterlassung des Garanten, bei der materiellen Garantie entsteht erst durch und mit der That des Dritten der Strafanspruch gegen den Garanten, indem die deliktische Thätigkeit des Dritten das letzte Thatbestandsmerkmal seines Deliktes bildet.

Beide Verjährungen beginnen demnach gleichzeitig zu laufen. Die Subsidiarität der Haftung ändert daran gar nichts, da der Strafanspruch gegen den Haftbaren bereits in jenem Moment entstanden ist und die Subsidiarität bloss eine Vollstreckungsmodalität ist. Richtig sagt das mehrerwähnte R.G.E., dass die Frage des Unvermögens des eigentl. Schuldigen nicht präjudiziell ist für die Entscheidung über die subs. Haftverbindlichkeit, dass vielmehr dieselbe nach erfolgter richterlicher Feststellung der letzteren erst in Betracht kommt, wenn es gilt, den hierdurch für die Staatskasse begründeten Rechtsanspruch zu realisieren.

Es kann daher daraus, dass die Zahlungspflicht erst bei festgestellter Insolvenz des Thäters praktisch wird, nicht ein Ruhen der Verjährung d. h. hier ein Hinausschieben des Beginnes derselben im Sinne des § 69 St.G.B. abgeleitet werden. Denn dieses tritt nur dann ein, wenn der Beginn oder die Fortsetzung des Strafverfahrens von einer Vorfrage abhängt, deren Entscheidung in einem anderen Ver-

---

1) Vergl. R.G. E VIII 362 und VI 381. Die Verjährung für den Haftbaren läuft unabhängig von der für den Thäter.

2) F.D.G. S. 64 N. 46.

fahren erfolgen muss, d. h. die nach besonderen Gesetzesvorschriften entschieden sein muss, bevor die anderweite Strafverfolgung bethätigt werden kann, weil jene die Grundlage für diese bildet. Hier aber sind im Gegenteil beide in der Regel in demselben Verfahren zu behandeln und liegt ein derartiges Verhältnis wie z. B. die Scheidung für die Verfolgung wegen Ehebruchs ist, nicht vor. Auch sonst möchte trotz der Präjudizialität der Thäterverurteilung § 69 S. 2 St.G.B. auf unsere Verhältnisse nicht anwendbar sein, weil es sich hier nicht um die Entscheidung einer Vorfrage, welche in einem anderen Verfahren stattfinden muss, handelt, und auf jeden Fall die Haftungsverjährung mit dem Moment der That beginnt.

Das letztere gilt auch bei der unmittelbaren, alleinigen u. dergl. Haftung, wo eine Thäterverurteilung ausgeschlossen oder unmassgeblich ist. Ebenso, wenn der Gesetzgeber bei subsidiärer Haftung von einer möglicherweise weit zurückliegenden culpa in eligendo ausgeht. Es greift überall die Nichthinderung durch, die erst in diesem Zeitpunkt vollendet ist. Hinsichtlich der Thäter-Garantenschaft ist derselbe erst recht das Naturgemässe.

β) Die Unterbrechung der Verjährung wirkt jedenfalls immer gegen den, sei es Thäter oder Garant, gegen welchen die betreffende Handlung gerichtet ist. Eine andere Frage ist, ob dieser Akt auch gegen den andern wirkt. Die gegen den Garanten gerichtete richterliche Handlung unterbricht sicher nicht die Verjährung der Hauptthat; ebensowenig wirkt die Unterbrechung hinsichtlich letzterer für die materielle Garantie, weil diese ein besonderes Delikt in sich schliesst.

Auch bei der formellen Garantie muss aber § 68 II R.G.B. deshalb analoge Anwendung finden, weil das ganze Verfahren immer auch gegen den Garanten, um ihn verhaften zu können, persönlich gerichtet sein, daher auch die unterbrechende richterliche Handlung sich gegen ihn wenden muss. Daher hat R.G.E. v. 25. V. 82 [1]) Recht, wenn sie sagt, die gegen den Thäter gerichtete Handlung wirkt als solche nicht gegen den Haftbaren.

γ) Ist der Thäter vorerst nicht greifbar, so können einstweilen die nötigen Feststellungen gegen den Garanten getroffen werden. Freilich, selbständig verurteilt werden, vor Verurteilung des Thäters, kann er bei mittelbarer Haftung nicht. Folgeweise ist es, nachdem die Verjährungsfrist für den Thäter verstrichen ist, ohne Bedeutung, dass diejenige gegen den Garanten noch läuft.

Der Ablauf der Verjährungsfrist der Strafverfolgung für den Thäter befreit auch den subsidiär Haftbaren.

Dagegen kann eine Kombination von Verfolgungsverjährung und Vollstreckungsverjährung in der Weise eintreten, dass die erstere z. B. infolge Unterbrechung für den Garanten noch läuft, während die letztere für den Thäter schon verstrichen ist. Wieder eine unbillige Konsequenz.

b) Bei der

Vollstreckungsverjährung

liegt die Sache etwas anders.

[1]) E VI 381.

Diese beginnt mit dem Tage der Rechtskraft des Urteils (§ 70 II St.G.B.), nach bayer. Forstgesetz art. 73 mit dem Tage des Straferkenntnisses erster oder höherer Instanz, womit sich die staatlichen Strafansprüche auf den Vollzug des Urteils präcisieren.

Hier äussert die selbständige Natur beider Strafansprüche hinsichtlich der verschiedenen Rechtskraft, bezw. hinsichtlich der Erkenntnisse selbst, ihre Wirkung.

Die Haftbarkeit muss, um geltend gemacht werden zu können, immer ausdrücklich in dem Urteil, dem Strafbefehl, der Strafverfügung ausgesprochen werden.

α) Für das bayer. Recht, das die Haftbarkeitserklärung des Zivilverantwortlichen ausdrücklich vorschreibt, beginnt also die Verjährung mit dem Tage des bezüglichen Erkenntnisses, es wird aber in der Regel infolge der Ausdruckweise des Gesetzes (mitzuverurteilen) und als dem natürlichen Verhältnis entsprechend, die Haftbarkeit in demselben Urteile ausgesprochen werden wie die Thäterstrafe.

β) Für das preuss. Recht ist zwar klar, dass die Haftung erst vollstreckt werden kann, wenn das Unvermögen des Thäters feststeht, doch ist das für den Beginn der Vollstreckungsverjährung aus demselben Grunde ganz egal, wie bei der Verfolgungsverjährung, überdies gibt es bei der ersteren überhaupt schon an sich kein Ruhen der Verjährung. Die Ausdruckweise, ob „verurteilt werden" oder „wurden", ist, wie schon erwähnt, belanglos, das ergibt auch

γ) das fiskalische Recht, wo es heisst „verurteilt worden sind". Aus dieser Fassung könnte man folgern, es könne der Haftbare die Einlassung als Mitangeklagter ablehnen „und die Einrede vorgängiger Entscheidung über Schuld und Strafe gegen den Hauptthäter geltend machen". Diese Revisionsbegründung beruht aber nach R.G.E. v. 29. I. 91[1]) „auf einer Verwechselung der exekutiven Wirksamkeit der Haftpflicht mit der Frage des Bestehens oder Nichtbestehens derselben". Ein derartiges Verfahren entspreche auch allein der Natur der Sache und den gesetzl. Normen, während das gegenteilige Verfahren zu einer zweckwidrigen, die Interessen der Prozessbeteiligten schädigenden Vervielfältigung der Prozesse führen würde.

Das gilt nun allgemein, indem die beiden Strafansprüche auf das engste zusammengehören.

Demgemäss wird die Vollstreckungsverjährung regelmässig für Garanten und Thäter gleichzeitig beginnen.

Aber diese Verbindung ist nicht absolut notwendig, auch nicht gegenüber dem bayer. Gesetz, das nur den Regelfall bezeichnet.

„Der nach rechtskräftiger Verurteilung des Hauptthäters im besonderen Nachtragsverfahren angeklagte subsidiarisch Haftbare ist befugt, zu seiner Verteidigung alles nochmals geltend zu machen, was zur Entkräftung der für seine Haftbarkeit präjudiziellen Schuld des Hauptthäters dienen kann." R.G.E. XXI 331, XII 212, während als Regel die Verbindung „gebilligt" wird. E. XXI 331, VI 127, VIII 103, XII 67, XVI. No. 2 etc.

---

[1]) E XXI 331.

Es ist somit eine getrennte und zwar spätere Verurteilung des Haftbaren möglich und daher kann, da die Verjährung vom Tage dieses Urteils oder seiner Rechtskraft an datiert, dieselbe später zu laufen beginnen und demgemäss auch später endigen als die für den Thäter laufende; infolgedessen ist möglicherweise dieser bereits frei, während gegen jenen noch vollstreckt werden kann.

Der umgekehrte Fall ist nicht möglich. Dadurch, dass erst die Vollstreckung gegen den Thäter zu versuchen ist, kann es allerdings dazu kommen, dass die Haftung schon verjährt ist, bevor überhaupt zu ihrer Vollstreckung geschritten werden kann. Doch ist diese Möglichkeit durch die Länge der Verjährungsfrist nicht recht praktisch, im übrigen ist es Aufgabe der Vollstreckungsbehörde, die Feststellung der Insolvenz rasch zu bethätigen.

Eine Verschiedenheit der Verjährungsfrist kann aber namentlich durch die Unterbrechung der Verjährung herbeigeführt werden.

Die Unterbrechung wird bewirkt (nach § 72 St.G.B.) durch eine auf Vollstreckung gerichtete Handlung, bezw. nach art. 74 Z. 2 bayer. Forstges. „bei Geldstrafen durch die vorgesetzte oder verlängerte Zahlungsfrist".

Hier tritt die Selbständigkeit beider Strafen massgebend in den Vordergrund. Nur eine auf Vollstreckung der Haftung nämlich gerichtete Handlung hat diese Wirkung gegen den Garanten, während die Unterbrechung gegenüber dem Thäter nicht in den Lauf der Verjährung für den Haftbaren eingreift, auch wenn beide in denselben Erkenntnissen verurteilt sind. Bei teilweiser Entrichtung der Geldstrafe seitens des Haftbaren beginnt hinsichtlich des Restbetrages nach der Unterbrechung die Verjährung aufs neue.

Analog verhält es sich mit den bayer. „Zahlungsfristen".

Ist die Verjährung gegenüber dem Haftbaren abgelaufen, so kann nurmehr gegen den Thäter mit substituierter Freiheitsstrafe vorgegangen werden.

Die Verjährung der erkannten Strafe gilt natürlich nicht mit für zuerkannten Schadensersatz.

Durch

B. Gnade

kann nur die gegenüber dem Staate verwirkte Strafe ganz oder teilweise erlassen, nicht der Anspruch des Beschädigten auf Ersatz beseitigt werden. Der Staat kann nur auf die ihm zustehenden Strafansprüche verzichten. Daher kann bei der kombinierten Haftbarmachung des Garanten die Begnadigung sich nur auf die Haftung für Strafe, nicht auf die zivile erstrecken.

Auch die Begnadigung fällt in das Stadium der Strafvollstreckung.

Dieser Strafaufhebungsgrund ist, weil es sich lediglich um den Erlass einer erkannten Strafe durch den Souverän handelt, für alle Fälle der Garantie anzuerkennen, auch da, wo ein Delikt des Garanten nicht begriffswesentlich ist. Dieser ist strafweise durch ein Rechtsübel ad analogiam eines Deliquenten getroffen und die Begnadigung setzt ja ausserdem nicht an die etwa gerichtlich fixierte Schuld an, sondern lässt sich von anderen Gründen leiten. Ferner wird gerade bei der poena sine crimine, mag ein Haftausschliessungsgrund, der oft schwer

geltend zu machen ist im Verfahren, beigesetzt sein oder nicht, dieser Faktor der höheren Gerechtigkeit von eminenter Wichtigkeit werden.

Für die Fälle, wo der Garant allein in Strafe ist, ist die Begnadigungsmöglichkeit von selbst einleuchtend und gilt nichts besonderes. Wohl aber kommt bei der Subsidiarhaft der Wechselbeziehung beiden Strafansprüchen auch hier ein Einfluss zu.

Es sind dabei drei Fälle zu unterscheiden: Begnadigung des Thäters allein, des Haftbaren allein, beider ausdrücklich zusammen.

a) Im ersten Falle könnte man meinen, bes. bei materieller Garantie wegen der Selbständigkeit beider Delikte, die Begnadigung des Hauptthäters sei für die Haftungsstrafe einflusslos. Das ist in der That der Fall bei materieller Garantie gemäss § 361, 9, und gilt überhaupt für alle Fälle von materieller Garantie, die nicht accessorisch konstruiert sind. Für unsere Gesetze ist aber das Gegenteil richtig, indem der accessorische Charakter durchschlägt, ganz selbstverständlich weiter bei der formellen Garantie, die ihrer Konstruktion und ihren Zwecken nach die Ziehung dieser Konsequenz verlangt. Es verhält sich bei der formellen Haftung ganz analog wie bei der Bürgschaft, wenn die Hauptschuld wegfällt.

Mit dem Erlass der primären Strafe entfällt von selbst das Substrat der Haftung für verwirkte Strafe, deren Vollstreckung durch die Insolvenz des primär Verpflichteten bedingt ist. Aber auch logisch ergibt sich, dass, wenn der Souverän die Folgen der primären That wegnimmt, er damit auch die in jeder Hinsicht sekundäre Bestrafung des Garanten, zumal dieser bei der formellen Haftung gar nicht wegen eigenen Delikts verpflichtet ist, beseitigt.

Dazu tritt ein 2. Gesichtspunkt. Thäter und Haftbarer sind zur Zahlung der Strafe zusammen nur einmal, jener an erster, dieser an zweiter Stelle verurteilt; dieselbe wird nur einmal beigetrieben, entweder von jenem oder von diesem, wenn er solvent ist, letzterenfalls ohne Umwandelungsmöglichkeit. Daher kann diese Strafe nicht zweimal in Betracht kommen und auf die eine verzichtet werden, auf die andere nicht. Der Garant hat ein Recht darauf, dass zunächst die Strafe vom Thäter beizutreiben versucht wird; wird darauf verzichtet, so fällt die Haftung fort.

Es gilt also der Satz, dass der völlige oder teilweise Verzicht der Krone auf die Geltendmachung des primären Strafrechts auch die subsidiäre Strafe und zwar bei teilweisem Erlass in derselben Höhe ipso iure aufhebt[1]).

b) Der zweite Fall, dass der Haftbare allein begnadigt wird, liegt anders, entsprechend dem Verhältnis der That zur Haftung. Die Strafbarkeit des eigentlichen Thäters ist von der des Haftenden unabhängig, er hat selbst die Strafe verwirkt. Zumal bei der formellen Garantie kann die accessorische Haftung fallen, ohne dass dadurch die prinzipale berührt wird. Der Thäter hat keinen Anspruch, durch

[1]) Vergl. auch Engels N. 76, dass bereits in der Entsch. der Gesetzeskommission vom 15. V. 1789 (A.L.R.) ausgesprochen wurde, die Verpflichtung des subs. zur Entrichtung einer Geldstrafe Verurteilten solle erlöschen, wenn solche dem prinzipaliter Verurteilten erlassen worden ist.

den Garanten von der Sühne seiner That entbunden zu werden. Die Begnadigung kann dem letzteren erteilt werden, auch bevor ein Exekutionsversuch gegen jenen gemacht ist und dadurch wird auf den Anspruch des Staates, bei der Insolvenz des eigentlichen Thäters die Geldstrafe einzuziehen, verzichtet, nicht aber auf den Anspruch gegen den Thäter, sicher wenigstens, soweit die primäre Geldstrafe in Betracht kommt.

Nun sind aber Leverkühn, Engels und Haimann noch weiter der Ansicht, durch die Begnadigung des Haftbaren werde die Rechtslage des Thäters doch insofern verschlechtert, als jetzt die Freiheitsstrafe gegen ihn substituiert werden könne.

Es fragt sich, ob nicht infolge der Einschiebung der Haftung zwischen die primäre Geldstrafe und die eventuelle Freiheitsstrafe der Thäter nur bei Insolvenz des Haftbaren mit letzterer belegt werden könnte, nicht aber bei Wegfall der Haftung durch Begnadigung[1]). Der Wortlaut der Gesetze, bayer. F.G. art. 54 I, bayer. P.St.G.B. art. 122 III, preuss. F.D.G. § 13, preuss. F.F.P.G. § 54 bezieht sich aber m. E. nur auf den Regelfall, nicht auf die Begnadigung.

Die Einschiebung der Haftung erzeugt also keinen Anspruch des Schuldigen auf Befreiung, die eventuelle Freiheitsstrafe bei Uneinbringlichkeit gegenüber dem Thäter liegt schon in der Geldstrafe; sohin, fällt die Haftung fort, tritt einfach das alte Verhältnis ein. Das Gleiche gilt für das fiskalische Recht[2]).

Bei Insolvenz des Garanten kann nach der Gestaltung des positiven Rechts nicht gegen denselben vollstreckt werden, ebenso wenig bei Solvenz des Thäters. Mithin bleibt praktisch für die Begnadigung nur der Fall der Solvenz des Garanten bei Insolvenz des Thäters[3]).

c) Bei ausdrücklicher gemeinschaftlicher Begnadigung beider Teile gilt nichts besonderes, beide Strafansprüche sind dadurch erloschen.

Endlich muss im Hinblick auf § 34 F.D.G., welcher die Strafsummen dem Beschädigten zufliessen lässt, weil der im Strafverfahren zuerkannte Wertersatz auch den konkreten Schaden nicht erreicht, zur Ersparung des diesbezüglichen Zivilprozesses[4]), mit Engels neuerlich anher konstatiert werden, dass dadurch der Charakter des Anspruches als eines Strafanspruches des Staates nicht tangiert wird, diesem daher auch die Vollstreckung und das Recht, die Strafe ganz oder teilweise zu erlassen zusteht. Nur die wirklich eingezogene Strafe fliesst statt dem Fiskus dem Beschädigten zu, der erst von diesem Augenblick an einen Rechtsanspruch hat.

---

[1]) Vergl. die noch weitergehende und zu tollen Resultaten führende Meinung Kleinfellers, oben zu § 23 III C mitgeteilt.

[2]) Praktisch ist übrigens dieser Fall ohne erhebliche Bedeutung, da meist der arme Teufel von Thäter das Begnadigungsgesuch einreichen und begnadigt werden wird, nicht der Fabrikherr u. s. w., und man kann gegebenfalls durch Benennung beider in der Entschliessung helfen.

[3]) Etwas ganz anders als der Verzicht des Souveräns ist die Verzichtsmöglichkeit der Behörde nach § 153 V.Z.G. u. s. w. Indessen wird auch dadurch das Feld der Begnadigung erheblich eingeschränkt.

[4]) Ausserdem zur Entschädigung für die vielen unentdeckten Waldfrevel.

C.

Parallel mit der Wirkung der Begnadigung und Verjährung läuft auch der dritte Strafaufhebungsgrund, der

Tod

eines der beiden Beteiligten.

Die Haftung als höchst persönliches Strafübel geht, auch wenn Schuld nicht vorausgesetzt ist, auf den Erben nicht über.

a) Stirbt im Stadium der Strafverfolgung der Haftbare, so fällt der Anspruch gegen ihn weg, der gegen den Thäter aber bleibt bestehen und wird noch dadurch in seiner Wirkung verschärft, dass sich nun nicht mehr zwischen die Geldstrafe und die eventuelle Freiheitsstrafe die Exekution gegen den Garanten einstellt.

Der Tod des Thäters dagegen befreit aus den gleichen Gründen, wie zu A und B erörtert, den subsidiär Haftbaren von seiner Strafe.

b) Anders, wenn der Tod einer der beiden Personen im Stadium der Strafvollstreckung, nach Rechtskraft des Urteiles eintritt. Hier ist nämlich dieser Umstand infolge der Nachlasshaftung des § 30 St.G.B., die sich auf die rechtskräftig erkannte Geldstrafe — und die Haftung ist eine Geldstrafe — erstreckt, im allg. belanglos für die Rechtslage und die beiderseitige Verbindlichkeit.

Denn stirbt der Garant, so ist die Geldstrafe in den Nachlass des Verstorbenen zu vollstrecken. Stirbt aber der Thäter, so besteht der Anspruch hinsichtlich der Geldstrafe seinem Nachlass gegenüber auf Grund des § 30 l. c. und damit die Voraussetzung für die Haftbarkeit fort, so dass auf den Garanten erst bei Insolvenz des Thäters gegriffen werden kann.

Der Fall endlich, dass die Strafe gegen Thäter und Haftbaren in verschiedenen Urteilen erkannt ist, bezw. dass einer sich bei dem Urteile beruhigt hat, der andere nicht, und demgemäss die Termine der Rechtskraft für beide verschieden sind, erledigt sich nach den angegebenen Richtpunkten.

VIII. Kapitel.

Ergänzende Erörterungen.

§ 32.

Regress.

Die eigentümlichen Wechselbeziehungen zwischen Haftung und fremdem Delikt, die Heranziehung des Garanten und die regelmässige Befreiung einer der beiden Personen bei Zahlung seitens der anderen legen die Frage des Regresses nahe.

Bei dem bayer. Forstgesetz haben wir dieses Recht schon kennen gelernt. Hier ist nun im Wege allgemeiner juristischer Konstruktion darzulegen, dass dasselbe bei der Garantie auch da, wo es nicht ausdrücklich erwähnt ist, aus dem Wesen und Zweck der Haftung und

der Gestaltung der Haftungstypen für die Mehrzahl der letzteren gleichfalls folgt und so auch für das preuss. Recht und namentlich für die fiskalischen Gesetze von Bedeutung ist. Zugleich ist auch für das bayer. Recht manches nachzutragen, da die Frage hierfür ja bisher nur unter einem besonderen Gesichtswinkel betrachtet wurde.

I.

Zunächst gilt es den Beweis der These, dass das Regressrecht aus der Garantie abfliesst.

a) Der Regress dient offenbar zur Ausgleichung der Härten namentlich der formellen Haftung.

Über die Garantie wird summarisch erkannt, man hält sich schlechterdings an eine leicht greifbare, objektiv bestimmte Persönlichkeit, die man verantwortlich macht für alle Ordnungswidrigkeiten aus ihrem Bezirke. Dazu tritt der Gedanke der Sicherung der Zahlung. Dagegen der Thäter ist entweder ab initio unberücksichtigt oder man lässt ihn durch die Zahlung des Haftbaren befreit werden.

Im Regressverfahren kommt das wahre Verhältnis heraus, es zeigt sich, ob etwa der Garant an der That selbst beteiligt war, es kommt der Thäter herein und der Garant wieder hinaus, es tritt bei der anfänglich formalen Haftung das Schuldmoment in die Erscheinung.

Das Verhältnis ist ein doppeltes: Nach aussen erscheint der Garant zur Zahlung dem Staate verpflichtet, was die Strafe, dem Beschädigten, was den Ersatz anlangt, nach innen besteht ein Verhältnis zwischen ihm und dem Thäter[1]), welches eine nachträgliche Auseinandersetzung involviert.

Während das erstere im Strafverfahren erledigt wird, sowohl was seine kriminelle Seite anlangt, mittels der Strafklage des Staates, als was den zivilen Teil anlangt, mit der Adhäsivklage des Verletzten, ist für letzteres hinterher der Zivilrechtsweg eröffnet und es ist hier in dem ausführlicheren Verfahren und bei der freieren Stellung der Parteien zum Austrag zu bringen.

Denn auf Grund dieses Rechtes macht der Garant stets einen Schadensersatzanspruch gegen den Dritten geltend. Durch die Zahlung hat er den Anderen von einer Verbindlichkeit befreit, sein eigenes Vermögen geschmälert, während umgekehrt jener durch die Nichtentnahme der schuldigen Summe bereichert ist. Der Garant hat aber diesen Anspruch nur, wenn er wirklich durch die Handlungsweise des Dritten an seinem Vermögen geschädigt worden ist, also nicht, wenn er durch alleiniges, und wenigstens sicher auf das Ganze nicht, wenn er durch konkurrierendes eigenes Verschulden selbst die Ursache gesetzt hat. Er hat den Anspruch ferner nicht, wenn der Thäter selbst nicht in Schuld, vor allem also, wenn er nicht zurechnungsfähig war. Im übrigen aber steht er ihm zu, soweit nicht kraft des Gesetzes der Nachteil auf ihn fixiert, der Thäter definitiv frei sein sollte. Die Garantenschuld als solche beraubt den Haftbaren nicht seines Anspruches auf Schadloshaltung. Nach den Regeln des Strafrechts sollte er allerdings

[1]) bezw. einem anderen Haftbaren.

die Strafe nicht von sich abwälzen können, aber hier schlägt das sekundäre Verhältnis der Haftung zur That durch, während bei der formalen Haftung, der poena sine crimine, der Regress etwas Naturgemässes ist.

Der Regress als solcher folgt aus der Haftungsnorm selbst, auch der Strafregress!

Ganz falsch verneint dies Haimann[1]). Schon dessen Prämisse ist unrichtig: „Durch die Heranziehung des Vertretungsverbindlichen zur Entrichtung der Strafe wird ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem primär Schuldigen überhaupt nicht erzeugt. Der erstere büsst dem Staate für sein Verschulden und es ist für seine Stellung zum eigentlichen Kontravenienten gleichgiltig, dass auch dieser Strafe verwirkt hat.“ Durch die Entrichtung der Strafe wird vielmehr sicher ein Rechtsverhältnis erzeugt und die Strafnatur der Haftung, zumal der formellen (von Haimann nicht erkannten) steht der Weiterschiebung der Leistung nicht entgegen[2]).

Das Rückgriffsrecht ist ein Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens, den Jemand durch Inanspruchnahme seitens eines Dritten erlitten hat, welchem der Regresspflichtige prinzipaliter obligiert ist. Die Leistung der Geldstrafe, die notwendige Voraussetzung des Regresses, die geschehene Zahlung überhaupt, einerlei ob die Haftung eine kriminelle oder zivile ist, erzeugt eine obligatio quasi ex delicto zwischen dem Garanten und dem Thäter, welchem diese Zahlung eigentlich obgelegen wäre. Und das Garantenverhältnis ist die gemeinsame Grundlage, welche nach aussen zur Zahlung verpflichtet, nach innen die Personen der Obligation bestimmt.

Die Sache liegt ähnlich wie bei der Bürgschaft. Aber nicht eine actio mandati oder negot. gest., nicht irgend welche utilis actio oder eine Analogie des beneficium cedendarum actionum bezw. der cessio ficta des § 774 B.G.B. kommt in Betracht, auch nicht ein Gesamtschuldverhältnis. Eine Analogie zu letzterem ist insofern allerdings vorhanden, als auch dort noch ein besonderer Rechtsgrund hinzutreten muss, so, wenn die bezahlte Schuld materiell die eines anderen ist, wenn der Zahlende den anderen von einer Ersatzverbindlichkeit befreit hat. Ebenso gibt es Regressansprüche bei Mandat und Geschäftsführung ohne Auftrag. Aber in unserem Falle geriert der Garant nicht sowohl negotia aliena durch die Zahlung, als vielmehr seine eigene gesetzliche Verpflichtung.

Das Regressrecht ist allerdings ein ziviles, auf Ausgleichung des erlittenen Vermögensschadens gerichtetes Recht. Aber nicht das Zivilrecht, sondern die Haftungsnormen selbst geben Mass und bestimmen dieses Recht, und das ist zugleich der Grund, weshalb es für das Verhältnis der Strafhaftung nach innen irrelevant bleibt, dass dieselbe

---

1) Ebenso Büren.

2) E. d. o. G. v. 29. VII. 79 folgert fälschlich aus dem Regressvorbehalt „den Charakter der Zivilverantwortlichkeit als einer ausser Verbindung mit dem strafrechtlichen Verschulden stehenden rein zivilrechtlichen Verpflichtung“. Vergl. aber Regress bei Delikt im alten P.St.G.B. und alten St.G.B. v. 1861.

eine Strafe ist. Realisierung der Haftung und Regress werden durch dieselbe Norm zusammengehalten und differenzieren sich durch die subjektiven Beziehungen und Zwecke jeweils in Gegenständen des Straf- und Zivilrechts. Und hier haben wir das Äquivalent für die geringe Beachtung des Schuldmoments. Die Leistungspflicht schliesst für den Thäter ein poenales Moment ein, sie bildet einen Ersatz der durch das Delikt verwirkten Strafe, sie ist die Reaktion gegen die ursprüngliche deliktische Thätigkeit. So erzielt dieselbe Leistung Sühne für das Verbrechen und Schadensersatz für den Nichtthäter, den Garanten, sie ist Schadensersatzstrafe[1]).

b) Aus dem Wesen der Garantie, aus dem hinter den einzelnen Dispositionen stehenden Willen des Gesetzgebers lassen sich nun, auch wo das Gesetz schweigt, im einzelnen folgende Sätze über das Rückgriffsrecht aufstellen[2]):

1. Bei subsidiärer Haftung ergibt sich Regress. Denn der Garant haftet nur für den Fall der Insolvenz des Thäters, und daher kann er, wenn hinterher der letztere wieder zu Vermögen kommt, den erlittenen Vermögensschaden auf ihn abwälzen.

2. Dagegen ist bei unmittelbarer Haftung der Regress ausgeschlossen. Denn nach Ansicht des Gesetzgebers fehlt hier die rechtliche Verantwortlichkeit des Thäters, er hat keine Strafe verwirkt, im Gegenteil erscheint der Garant mehr oder minder als der schuldige Urheber.

3. Bei solidarischer Haftung haben wir Regress. Es tritt der Gesichtspunkt einer gewissen Korrealität hervor, der Zweck, die Zahlung sicher zu stellen, indem für sie zwei Schuldner aufgestellt werden; nicht aber soll der Thäter befreit werden.

4. Alleinige Haftung bei abstrakter Strafbarkeit des Thäters gibt den Regress[3]). In dieser Zahlpflicht manifestiert sich eben die Strafbarkeit des Thäters, während umgekehrt bei abstrakter Straflosigkeit des Thäters ein solcher Anspruch nie besteht, weil das Gesetz den Thäter in keiner Weise treffen will.

5. Bei der Garantenhaftung ohne Rücksicht auf die Thäterhaftung, wie wir sie in § 361, 9 haben, kommt es auf die Absicht des Gesetzgebers an. Soll unter allen Umständen der Garant getroffen werden, dann gibt es keinen Regress. Und das ist bei der materiellen Garantie der bezeichneten Bestimmung der Fall. Wäre nur die Schwierigkeit der Belangung des Thäters massgebend, so würde die Sache allerdings anders liegen[4]).

Mit diesem Schema ist für die in vorwürfige Abhandlung einschlägigen Gesetze die Möglichkeit oder der Ausschluss des Regressrechts geschildert. Die ausdrückliche Sanktion durch das Gesetz deklariert

---

1) S. oben das Beispiel des art. 70 bayer. F.G.

2) Das Folgende verdanke ich wesentlich der Anregung Oetkers.

3) S. oben zum bayer. Recht.

4) Bei eventueller Haftung, wie sie bei der actio de effusis et deiectis anzunehmen ist, um dieses instruktive Beispiel noch anzufügen, ist ein Regress selbstverständlich. Denn wäre der Thäter gleich anfangs bekannt gewesen, so wäre nur er bestraft worden unter Ausschluss des Garanten und daher kann sich der letztere an dem später von ihm ermittelten Thäter schadlos halten. Vergl. Motive zu B.G.B. II 807.

nur etwas schon von selbst Vorhandenes und schliesst das Recht für die anderen Fälle nicht aus.

Eine praktische Modifikation erleidet aber natürlich diese Berechtigung dadurch, dass meist der Thäter unvermögend ist. Und zwar kann derselbe entweder thatsächlich nichts haben, der Taglöhner, Fabrikarbeiter, der von der Hand zum Munde lebt, oder er kann rechtlich nichts haben und dies gerade infolge des zwischen Garanten und Thäter bestehenden Verhältnisses, z. B. des pater familias zu den unselbständigen Kindern [1] [2]). Alsdann wird der Vater seinen Ärger über den erlittenen Schaden durch eine gehörige Züchtigung des Schuldigen Luft machen und damit ist indirekt eine gewisse Bestrafung für diesen erreicht, andrerseits wird dadurch beim Hausvorstand das bewirkt, was der Appell an das Pflichtgefühl nicht vermochte, eine straffe häusliche Zucht und gehörige Überwachung der Angehörigen für die Zukunft.

Wo aber der Thäter rechtlich, wie jetzt allgemein, eigenen Vermögens fähig ist, da kann der Garant hinterher, wenn jener wieder etwas erworben hat, den Regress gegen ihn betreiben, und das ist der Fall bei der an augenblickliche Insolvenz des Thäters geknüpften subsidiären Haftung, wo im Moment der Regress stets unmöglich ist. Dem entspricht, dass auf den Strafprozess hinterher der Zivilprozess folgt mit der weit längeren Verjährungsfrist der zivilen Klage.

Ausserdem wird auch, bes. bei den fiskal. Gesetzen, wo nach aussen die kooperierende Gruppe als eine Person erscheint, nach innen der Fabrikbesitzer u. s. w. eine gewisse Selbsthilfe üben können durch Lohneinbehaltungen [3]).

Auch würde ich einen Vertrag „wodurch sich der primär Schuldige verpflichtet, die vom Vertretungsverbindlichen geleistete Strafe zu ersetzen", sobald er dazu imstande ist, sehr wohl als zu Recht bestehend erachten im Gegensatz zu Haimann, welcher mit der Unsittlichkeit des Vertrages wegen Übernahme einer durch eigenes Delikt verwirkten Strafe operiert. Abgesehen von der Verwerfung des einseitigen Deliktsstandpunktes handelt es sich doch hier um eine neue Obligation zwischen Beiden durch die Zahlung der Strafe.

II.

Im Anschluss an diese allgemein giltigen Erörterungen ist nunmehr die Regressklausel des bayer. Forstrechts noch im Näheren zu betrachten.

Das ältere pfälz. Recht sagt: „vorbehaltlich des Regresses bei sich ereignendem Falle" [4]). Das will deutlich sagen, das Recht tritt ein, wenn die Haftbarkeit thatsächlich in Anspruch genommen

---

1) Wirtschaftseinheit!

2) Nach dem bisherigen Zivilrecht.

3) Kautionen kommen für die subs. Haftung nicht in Betracht, da alsdann wie Büren gegen Haimann richtig sagt, Vermögen noch da ist, sohin die Haftung ausfällt, wohl aber wäre eine derartige Befriedigung bei anderen Haftungsfällen denkbar.

4) An anderer Stelle „in geeigneten Fällen".

ist, der Garant gezahlt hat. Nichts anderes aber bedeutet die Klausel des geltenden Rechts: „wo ein solcher statt hat“. Zugleich enthält dieselbe aber auch den Gedanken: wo der Regress thatsächlich möglich ist, d. h. wo der Thäter später wieder zu Vermögen gekommen ist, und zugleich, wo er rechtlich möglich ist, d. h. wo der Thäter vermögensfähig ist, bezw. wo sich nicht hinterher Mitschuld des Garanten am Prinzipaldelikt herausstellt[1]).

Die Motive zu art. 69 und ebenso der Text des art. 88 haben zwar den Regress nur im Verhältnis zwischen Garanten und Thäter im Auge. Es liegt aber darüber hinaus in jener Klausel auch noch der Regress, nicht gegen den Thäter, sondern gegen einen Dritten, der gleichfalls zum Thäter in Garantenverhältnis steht, und den der zahlende Garant ganz oder teilweise von einer ihn treffenden Verbindlichkeit befreit hat. Das sind also die gleichen regressbegründenden Momente wie im ersten Fall, aber nicht vorwärts auf den Thäter, sondern seitwärts und rückwärts wird gegriffen, indem das Garantenverhältnis die mehrere Personen verbindet. Wir haben die beiden hier zu unterscheidenden Fälle bereits früher kennen gelernt. Die dort aufgetretene Erscheinung erklärt sich jetzt einfach. Nehmen wir einen Hauptfall der letzteren Art, dass nämlich der zivilverantwortliche Geschäftsgeber seinerseits wieder Geschäftsführer eines Andern ist[2]): Nicht sowohl auf dieses Mandat oder diese negotiorum gestio als vielmehr auf das doppelte Garantenverhältnis gründet sich dann in Verbindung mit der geschehenen Zahlung das Rückgriffsrecht (auf das Ganze). Im zweiten Fall ergibt das Vorhandensein mehrere Garanten zum Thäter unter jenen für den Zahlenden den Regress pro rata. Das werden auch die wichtigsten Fälle sein, wo der Regress praktisch „statt hat“[3]).

So reguliert sich das Verhältnis beim Vorhandensein mehrerer Garanten eben durch den Regress und möchte ich diese letzte für das bayer. Recht gegebene Ausführung in diesem Sinne verallgemeinern.

III.

Die Anknüpfung an das Garantenverhältnis wird endlich noch bedeutungsvoll, was die Beweislast und die Lage des Regredienten und Regressaten im Regressprozess anlangt.

Da bei der formellen Haftung auf den Garanten ohne Rücksicht auf Schuld gegriffen wird, so hat er als Klagefundament einfach die geschehene Zahlung einer fremden Schuld zu beweisen, d. h. darzuthun, dass der Andere die That begangen hat und dafür verantwortlich ist, wobei er sich auf gegen den Thäter ergangenes rechtskräftiges Urteil berufen kann. Der letztere kann dann einredeweise geltend machen, jener sei selbst beteiligt gewesen, wie das oben beim bayer. Recht ausgeführt wurde. Stellt sich nachträglich in diesem Zivilprozess die Mit-

---

1) Vergl. auch das mehrcitierte o. E. v. 29. VII. 79, E. d. o. G.H. in Geg. d. Ziv.Rechts u. Ziv.Pr.Rechts VII 1037.

2) z. B. bei Holzlieferungen.

3) Ihn hat die o. E. Zeitschr. VII 199 im Auge.

schuld des Garanten heraus, so behält er sein Rückgriffsrecht, soweit seine Verhaftung ausschliesslich auf dem Garantenverhältnisse ruhte, daher, soweit er für die verwirkte Strafe des Dritten als dessen Dienstherr und dergl. haftete. Der Regress geht also verloren betreffs der zivilen Leistungen, nicht betreffs der Strafe. (Vergl. das folgende Urteil.)

Diesen Fall behandelt das bayer. o. E. v. 29. VII. 79: „Gerade deshalb, weil Kläger im Strafverfahren nicht zugleich als Miturheber in Strafe genommen wurde, war es den Beteiligten gestattet, im Verfahren vor dem Zivilrichter, sei es angriffs- oder verteidigungsweise, jene im Strafverfahren nicht zum Vorschein gekommenen Thatsachen zur Geltung zu bringen, welche in betreff der Ersatzfrage das Haftungsverhältnis der mehreren Teilnehmer unter sich herzustellen geeignet sind. Sowie aber Kläger demgemäss mit dem Anspruche auf Ersatzleistung insoweit ausgeschlossen ist, als er auf Grund seiner Miturheberschaft die Haftung samtverbindlich mit dem Beklagten zu tragen hat, kann ihm andererseits das Recht des Rückgriffes nicht insoweit abgesprochen werden, als er über die aus seiner Teilnahme entspringende Haftung hinaus lediglich vermöge der Zivilverantwortlichkeit auch noch für die seinen Genossen zuerkannte Geldstrafe einzustehen hat."

Das zugleich in Ergänzung der vorgedachten speziellen Ausführungen. Es wirft dieses Verhältnis des teilweisen Regresses noch ein Licht auf die Ausdrucksweise des bayer. Gesetzes „wo ein solcher statthat".

Man wird sogar dem Thäter eine Feststellungsklage zubilligen müssen bezüglich der Mitschuld des Garanten und jene dadurch hervorgerufene Einschränkung seiner Haftung.

Ist schon im Strafprozess die gleichzeitige Verurteilung des Garanten wegen Mitthäterschaft erfolgt, so schränkt sich im Zivilprozess der Umfang des Petitums von selbst ein.

Eine andere Frage ist die, ob bei nachträglich im Zivilprozess festgestellter Thäterschaft des Garanten noch eine Strafverfolgung desselben aus diesem Grunde möglich ist. Bei blosser Garantenhaftung kann m. E. nicht nur bei noch nicht eingetretener Rechtskraft das erste Urteil angefochten, sondern auch nach Eintritt der Rechtskraft eine Anklage gegen den Garanten erhoben werden. Denn er wurde nicht wegen dieser That verurteilt, bei formeller Haftung sogar rein accessorisch für das fremde Delikt verhaftet erklärt. Die materielle Wirkung der Rechtskraft aber bezieht sich nur auf denselben Strafanspruch, hier dagegen sind es zwei absolut verschiedene.

Bei der Thäter-formellen Garantenschaft liegt die Sache genau ebenso, weil die Schuld hier in keiner der beiden Richtungen Thatbestandsmerkmal ist. Und soweit der bestrafte Thäter-Garant den Regress hat, ist letzterer gerade hier das befriedigende Korrelat der juristischen Abnormität jener Gestaltung. Oetker[1]) drückt das dahin aus: „Im Strafverfahren bleibt der Thäter-Garant eine problematische Figur, nicht selten aber offenbart er, zur Strafe verurteilt, nachher im Regressverfahren sein wahres Wesen."

[1]) a. a. O. S. 155.

Endlich ist keineswegs, auch bei ausdrücklichem Vorbehalt des Rückgriffes im Gesetzestexte nicht, etwa eine Art Vorbehaltsurteil zu erlassen gegen den Garanten. Die Anerkennung des Regressrechts im Tenor bezw. in den Gründen des Strafurteils wäre nicht rechtskräftige Feststellung, weil über dieses Verhältnis der Strafprozess nicht schwebt, sondern nur unverbindlicher Urteilsinhalt. Strafprozess und Regressprozess sind voneinander unabhängig[1][2]).

So beleuchtet also gerade die Regressmöglichkeit das Wesen des Garantieinstituts.

§ 33.

Die Lehre von der kriminellen Bürgschaft.

I.

Die Regresserscheinung gibt aber auch Anlass, auf Bindings in § 8 oben geschilderte Theorie mit einigen Worten zurückzukommen, weil Garantie und Bürgschaft in der That vielfache Ähnlichkeiten aufweisen. Darauf zuerst hingewiesen zu haben, ist unter allen Umständen ein Verdienst dieses hervorragenden Kriminalisten.

Der „Garant", der „Gewährsmann" „bürgt" allerdings für eine fremde That bezw. Leistung, aber doch anders als der Bürge.

Der Garant haftet wie der Bürge vielfach subsidiär, der Einrede der Vorausklage entspricht die Bedingung der Insolvenz; aber doch keineswegs in allen Fällen, namentlich nicht bei der unmittelbaren und der alleinigen Haftung.

Die Garantie und besonders hervorstechend die formelle ist ferner wie die Bürgschaft zum grossen Teile accessorisch, setzt das Vorhandensein einer Hauptschuld, nicht aber einer eigenen Schuld des Bürgen, immer ein Delikt des Dritten voraus, es wird ihr Umfang durch den der Hauptschuld bestimmt, und sie endet mit dem Wegfall der Hauptschuld. In den Fällen der unmittelbaren Garantie u. dergl. aber wiederum nicht!

---

[1]) Obwohl der Regress eine besondere gesetzl. Anerkennung nicht voraussetzt, findet sich doch häufig, namentlich bei formeller Haftung eine solche, so bei art. 30 Elbschiffahrtsakten v. 13. IV. 44. Da ist es interessant zu betrachten, wie sich die Anhänger der Verschuldungstheorie damit abfinden. Leverkühn begründet ihn mit der Summarität des Verfahrens, infolge deren „die Beitreibung der Geldstrafe von dem Hauptschuldigen gar leicht nicht gründlich und nachhaltig versucht wird, und auch die Nachforschung nach demselben, um die Freiheitsstrafe an ihm zu vollstrecken, die wegen der Beweglichkeit der schiffahrttreibenden Bevölkerung ohnehin schwierig ist, häufig ungenügend ausfallen wird." So werde denn die Haftbarkeit realisiert, ohne dass die Voraussetzung der Undurchführbarkeit des prinzipalen Strafanspruches vorliege, also gegen den Willen des Gesetzes gestraft. Zur Abhilfe dieser Unbilligkeit gewähre das Gesetz diese Schadloshaltung.

Eine solche Absicht dem Gesetzgeber, der doch mit dem genauen Vollzug seiner Dispositionen rechnen muss, zu imputieren, ist etwas viel. Im übrigen zeigt diese Stelle, wie wenig jene Schriftsteller den Kern der Sache erfasst haben.

[2]) Nicht ohne Interesse für polizeiliche Haftung und Regress auch die bayer. V.O. v. 25. IV. 1811, die Regulierung des Biersatzes und die Verhältnisse der Brauer zu den Wirten betr. art. 12—17.

Wir haben ferner analog das Verhältnis nach aussen vom Bürgen zum Gläubiger des Hauptschuldners und nach innen zum Schuldner, das letztere aber, das persönliche Verhältnis zum Schuldner ist entsprechend der freiwilligen Übernahme[1]) der Verpflichtung nach aussen (im Gegensatz zu unserer gesetzlichen) dasjenige eines Mandats oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag. Und so ist das aus diesem besonderen Verhältnis nach geschehener Zahlung entstehende Regressrecht ähnlich dem bei der Garantie. Leistung des Bürgen befreit insoweit den Hauptschuldner, und der Bürge hat fernerweit, wie wir das auch beim Garanten sehen, die Einreden des Hauptschuldners aus der Schuld gegen den Gläubiger und A. m.[2]).

All das sind jedoch nur teilweise Ähnlichkeiten bei absoluten Unterschieden, und auf einen erheblichen Teil der Garantiefälle lässt sich jene Theorie, welche nur die subsidiäre Haftung vor Augen hatte, überhaupt nicht anwenden. Es handelt sich auch bei der Garantie nicht bloss um die Verbürgung für die Zahlung der Geldsumme, sondern noch um ganz andere kriminelle Zwecke.

Die Thatsache ist aber nicht zu verkennen und von grossem Wert, dass sich Bindings Theorie dem Garantiegedanken wesentlich annähert.

II.

Zur Hervorhebung des Gegensatzes ist einer interessanten Rechtsbildung zu gedenken, die krimineller Bürgschaft nicht nur ähnelt, sondern solche wirklich ist, zumal das bezügliche Polizeigesetz unserer Materie verwandt ist. Es ist dies § 1 Abs. II preuss. Jagdscheingesetzes v. 31. VII. 95: Personen, welche weder Angehörige eines Deutschen Bundesstaates sind, noch in Preussen einen Wohnsitz haben, kann der Jagdschein gegen die Bürgschaft einer Person, welche in Preussen einen Wohnsitz hat, erteilt werden. . . . Der Bürge haftet für die Geldstrafe, welche auf Grund dieses Gesetzes oder wegen Übertretung sonstiger jagdpolizeilicher Vorschriften[3]) gegen den Jagdscheinempfänger verhängt werden, sowie für die Untersuchungskosten[4]).

Die Motive besagen lediglich, dass die Bürgschaftsleistung für Ausländer bereits geltendes Recht sei[5]) und die Haftpflicht des Bürgen sich auch auf die Geldstrafe wegen Übertretung jagdpolizeilicher Vorschriften überhaupt erstrecken müsse.

Diese Haftung als eine solche für Strafe ist eine kriminelle. Zivilrechtliche Bürgschaft für Strafe gibt es nicht. Demgemäss sagt Kunze[6]) richtig, dass die Haftung des Bürgen für Geldstrafe etc. im Strafverfahren auszusprechen ist. Er sagt aber weiter: „Eine ähnliche Vorschrift hat § 11 F.D.G.“

---

1) Die auch den Umfang der Verpflichtung willkürlich bestimmt.
2) Vergl. auch §§ 765 ff. B.G.B.
3) z. B. der Sonntagsjagd.
4) Die Ausführ.Verordn. überlässt es der Jagdpolizeibehörde, den Namen des Bürgen auf dem Ausländerjagdschein zu vermerken.
5) Vergl. preuss. Jagdscheinges. f. Hohenzollern v. 17. III. 1873 § 1.
6) Preuss. Jagdsch.Ges. v. 1895 S. 20.

Demgegenüber ist jedoch die Verschiedenheit beider Vorschriften zu betonen, wie auch im Gesetz selbst die Garantenhaftung in § 14 (jenem § 11 nachgebildet) zur Bürgschaft in Gegensatz tritt.

Der Jagdschein hat ausschliesslich polizeiliche Funktion, um thunlichst nur zuverlässige Leute zur Jagd zuzulassen, sie zu kontrollieren und bei Kontravention zu fassen. Ein beschädigter Dritter steht wenigstens nicht direkt in Frage. Der Ausländer aber, der keinen festen Wohnsitz im Lande hat, ist schwer zu erreichen. Daher wird ihm der Schein nur erteilt gegen Bürgschaft eines sicheren, greifbaren Dritten. Der Grund ist also teilweise ein ähnlicher wie bei § 11 l. c., aber die Gestaltung differiert erheblich. Dort tritt die Garantie kraft Gesetzes ein, hier wird die Bürgschaft, die überdies vom Gesetze ausdrücklich mit diesem Namen belegt wird, wie die zivile freiwillig übernommen.

Diese Selbstunterwerfung bildet den entscheidenden Unterschied gegenüber unseren Garantiefällen.

Wie bei der Bürgschaft kann sich der Staat hinsichtlich seiner Forderung einfach an den Bürgen halten, ohne überhaupt den Hauptschuldner zu verfolgen, welcher wiederum dem ersteren zivilrechtlich regresspflichtig ist, aus der gesetzlich anerkannten Bürgschaft heraus. Es handelt sich hier nicht um ein Delikt und eine Strafe des Garanten für schlechte Aufsicht und Nichthinderung. Dadurch aber, dass es Bürgschaft für Strafe ist, wird sie dem Zivilrecht entrückt und, ohne selbst Strafe zu sein, ins Strafrecht aufgenommen, dem sie durch ihre Zwecke angehört.

Das Regressrecht ist wieder zivilrechtliche Schadensersatzforderung mit pönalem Zusatz; während durch den Bürgschaftsvertrag mit dem Staate eine öffentlich rechtliche Verpflichtung begründet wird, entsteht hier durch die Zahlung eine obligatio inter singulos, deren Ausklagung dem Bürgen überlassen ist.

Auf Schadensersatz erstreckt sich die Bürgschaft nicht, weil nur ein Okkupationsrecht verletzt ist.

§ 34.

Haftung und Strafbarkeit juristischer Personen.

Die in der Überschrift bezeichnete Frage, welche bereits bei Gelegenheit der einzelnen Gesetze gestreift wurde, ist generell am Schlusse dieser Abhandlung, zugleich in Ergänzung des oben speziell Gesagten deshalb zu würdigen, weil sie, nicht etwa auf die ausdrücklich in den Gesetzen normierten Fälle beschränkt, auf die in der Einleitung angedeuteten Grundlagen der Haftung abschliessend zurückführt und an der Hand unserer Spezialmaterie über diese hinaus für das Problem der Strafbarkeit jurist. Personen überhaupt einen Beitrag liefern möchte.

I.

a) Nimmt man in den Begriff des Verbrechens das Merkmal der subjektiven Verschuldung als unbedingt wesentlich auf, so ist mit Binding[1]) jegliche Bestrafung juristischer Personen als absolut unstatthaft abzulehnen.

[1]) Handbuch I 310.

Eine andere Meinung, die mit der Thatsache schuldfreier Delikte, bes. im fiskalischen Recht, rechnet, erkennt an, dass „insoweit das Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit nicht ausreichend sei, um die Strafbarkeit von Kollektivpersönlichkeiten unbedingt auszuschliessen, da die strafbaren objektiven Thatbestände keine Schuld und somit auch keine Zurechnungsfähigkeit des Thäters verlangen“ [1]). Aber auch in diesen Fällen seien Handlungen und Wille erforderlich und nur bei phys. Personen möglich.

So steht die communis opinio darauf, dass nur letztere Subjekte eines Delikts sein können [2]).

Es ist die alte römische Theorie der Fiktion einer Person lediglich für die Zwecke des Privatrechtsverkehrs.

b) Haimann dagegen stützt, Ihering folgend, die Strafbarkeit juristischer Personen darauf, die Korporation sei trotz aller Fiktionen doch nur eine Zahl einzelner Personen, die ein besonderes Rechtssubjekt bilden, und daher würden in diesem fingierten Rechtssubjekte durch die Geldstrafe und durch die Haftung für solche einfach die sämtlichen Mitglieder getroffen; die Zurechnung mache dabei nur Schwierigkeiten, wo die verbrecherische That in einem positiven Handeln besteht, liege dagegen glatt bei einem Unterlassungsdelikt, an dem alle beteiligt seien.

c) Die Schriftsteller, welche die Strafbarkeit juristischer Personen als solcher anerkennen, bedienen sich dazu der entgegengesetzten Konstruktion einer Handlungsfähigkeit der Körperschaft, die aber auch nicht zureicht.

So erklärt Liszt [3]): Das Körperschaftsverbrechen ist rechtlich möglich. Denn die Voraussetzungen für die Handlungsfähigkeit der Körperschaft sind auf dem Gebiete des Strafrechts grundsätzlich keine anderen als auf dem des Zivilrechts oder öffentl. Rechts. Wer Verträge schliessen kann, kann auch betrügerische etc. Verträge schliessen. Die Körperschaft ist auch Trägerin von Rechtsgütern, die strafweise geschmälert oder vernichtet werden können. Freilich kann der Begriff der Handlung nur mittelbar auf die Verbrechen der Körperschaft angewendet werden. Aber an Stelle des physischen Handelns tritt eben das Handeln durch künstliche Organe; und so gut dieses künstliche Handeln auf dem Gebiete des bürgerl. Rechts Rechtswirkungen für und gegen die Körperschaft zu erzeugen vermag, ebenso gut muss das auch auf dem Gebiete des Strafrechts möglich sein.

Auf den dahinter stehenden „Kollektivwillen“ hebt Merkel [4]) besonders ab: Es ist begrifflich nicht unmöglich, dass der im Verhalten

---

1) Olshausen I 221, 222, bes. N. 6 zu Teil I Abschn. 4.

2) So auch das Reichsgericht, trotzdem es die Möglichkeit schuldfreien Unrechts anerkennt, indem der jurist. Person als einem fingierten Rechtssubjekte die natürliche Handlungsfähigkeit und damit zugleich die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Handlungen ihrer Organe abgehe. Verlangt ja sogar R.G.E. v. 28. V. 80, E II 72 bei § 153, 2 V.Z.G. culpa in eligendo! Ebenso Binding, Handbuch § 105 Anm. 6 u. E. v. 25. XI. 99. S. oben § 23 I. Vergl. auch O.L.G. München E. v. 26. II. 91, VI 637: Einer Personengesamtheit kann nur in übertragener Weise und nur auf dem Boden des Zivilrechts ein sog. Gesamtwille zugeschrieben werden.

3) Lehrb. S. 114 Anm. 1.

4) Lehrb. S. 51.

der Korporation sich äussernde Kollektivwille eine für die rechtlich geschützten Interessen gefährliche oder schädliche und vom Rechte verbotene Wirksamkeit äussere, und es enthält an sich nichts Unvernünftiges, wenn die rechtlichen Gegenwirkungen, auch diejenigen, welche den Charakter der Strafe haben, sich gegen den Faktor richten, von dem jene Wirksamkeit ausgeht. Die beteiligten Individuen werden in solchem Falle indirekt nach Massgabe ihres Anteils an der Wirksamkeit und dem Interesse der Kollektivperson betroffen."

d) Diese Anschauung erfasst eher nicht den Kern der Sache, ebenso nicht die verwandte, aber historisch näher an sie herankommende Auffassung Gierkes von der Vermittelung der Bestrafung durch die Delikte der Organe in seiner Genossenschaftstheorie[1]).

Dieser hat gesehen, wie in unserem alten deutschen Recht überall die genossenschaftliche Haftung der Gemeinde, der Zunft und für das Hofrecht analog des Herrn auftritt für Rechtsverletzungen, welche von Organen des Haftenden oder in seinem Machtbereich begangen werden und er hat im Gegensatz zur Fiktionstheorie wie zu der die jurist. Person überhaupt leugnenden Anschauung eine eigentliche Gesamtpersönlichkeit konstruiert, welche rechtsfähig, willens- und handlungsfähig in allen Gebieten sei. Wenn die herrschende Lehre das letztere leugne und den Begriff der gewöhnlichen Stellvertretung heranziehe, um die Wirkung der Beschlüsse und Handlungen von Versammlungen und Beamten für die Korporation zu begründen, so beruhe das auf dem mangelhaften Verständnis des Wesens der Gesamtpersönlichkeit und ihres Unterschieds von der Einzelpersönlichkeit. Die Körperschaft bildet für Gierke einen Organismus, der, aus einer Menge Willenseinheiten zusammengesetzt, durch die Verfassung zu einem einheitlichen Willensganzen erhoben ist, dessen jurist. Lebenseinheit in der Thätigkeit seiner Teilwesen, wo diese für das Ganze rechtlich auftreten, zur Erscheinung kommt.

e) Diese Theorie, wonach die Delikte der Einzelglieder als Willensbethätigung der Gesamtpersönlichkeit erscheinen und auf diesem Wege verpflichten, ist unrichtig. Es liegt nicht der Gesichtspunkt eines deliktischen Willens zu Grunde, sondern alle diese Fälle sind solche der formalen Haftung.

Aber in letzterer steckt das Richtige verborgen. Es ist auszugehen von der Thatsache, dass überall, wo die Rechtsfigur der jurist. Persönlichkeit auftritt, ein Vermögenskomplex (mag er auch bloss in Schulden bestehen oder in der Möglichkeit des Erwerbes von Rechten) Mehreren gemeinsam gehört. Die weitere Erscheinung, dass zwischen diesem Vermögen und den übrigen Vermögensstücken der Teilhaber getrennte Schuldenhaftung besteht, findet sich im alten Recht noch nicht. Vielmehr haftet die Gemeinschaft für alle Privatschulden des Einzelnen und umgekehrt, für die Schulden der Gesamtheit z. B. der Stadt haftet jeder einzelne Bürger mit seinem Privatvermögen. Das Vermögen ist die jurist. Person, es ist nicht subjektlos und gehört auch nicht einer Gesamtpersönlichkeit, sondern den Teilhabern, deren Umkreis sich durch

[1]) Vergl. bes. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht. Derselbe, Die Genossenschaftstheorien und die Rechtsprechung.

die Zugehörigkeit zur Genossenschaft bestimmt. Nimmt man hinzu, dass das ganze germanische Rechtsleben in Genossenschaften und Verbände gegliedert ist, deren einen die Hausgemeinschaft bildet, so haben wir die Wurzel der jurist. Person, die Wirtschaftseinheit, das gemeinsame Vermögen wird gestraft für die Delikte aller ihrer Leute, es haftet die jurist. Person nicht bloss für die Personen, die sie im Willen vertreten [1]), sondern allgemein für ihre Mitglieder und Bedienstete.

Damit haben wir allgemein die Wurzel der Haftung, die auf der Zugehörigkeit zur jurist. Person beruht. Es ist die Haftung des Hausvorstandes mit dem Hausvermögen, ebenso des Betriebsvorstandes, nur eine Erscheinungsform jener allg. Rechtsbildung, welche sich nunmehr isoliert behauptet hat.

Im Gegensatz zu der individualistischen Auffassung des römischen Privatrechts hat sich also das deutsche Prinzip auch nach der Rezeption des römischen Rechts erhalten. Das allg. Strafrecht hat durch Vermittelung der Carolina die individuelle Schuldidee konform der Umgestaltung des Privatrechtes okkupiert, und so muss auch für unser R.St.G.B. der Satz: societas delinquere non potest, anerkannt werden. Es kann nur der Vertreter wegen seiner eigenen Schuld gestraft werden. Aber im Polizeirecht und vorzüglich in dem durch § 2 E.G.St.G.B. der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Sondergebiete gibt in vielfachen Beziehungen noch der deutsche Rechtsgedanke Mass [2]).

So erkennt denn auch R.G.E. v. 6/8. XII. 94 [3]), jedoch ohne weitere Begründung an, dass die Landesgesetzgebung auf diesem Gebiete die Bestrafung jurist. Personen vorsehen könne.

II.

Mit diesem Nachweis der Entwickelung der Haftung aus der jurist. Person ist zugleich, abgesehen davon, dass bei einzelnen Gesetzen durch positive Verhaftung jurist. Personen der formale Charakter der bezüglichen Haftung direkt bewiesen wird, der formale Grundzug des ganzen Instituts aufs Neue bestätigt, und andernseits dargethan, dass die Haftbarkeit auch der modernen juristischen Personen überall da Platz zu greifen hat, wo der Wortlaut des Gesetzes nicht direkt dagegen spricht, nicht bloss, wo das Gesetz das, wie im § 153 II V.Z.G. explicite verfügt [4]).

Aus der Gemeinschaft in der Familie und im Haus, aus der Zugehörigkeit zum Betriebe einer Fabrik, kurz aus der Wirtschaftseinheit hat sich unser haftungsbegründendes Garantenverhältnis ergeben. Daher ist für die formelle Garantie, die bloss durch dieses begründet wird, die Haftung juristischer Personen etwas Selbstverständliches. Aber selbst für die für uns in Betracht kommenden Fälle materieller Garantie (abgesehen natürlich von der selbständigen) ist sie hier aus jenem

---

1) Diese Organe sind selbst nur Verwalter des Gesellschaftsvermögens.

2) Grundfalsch spricht Büren als vom Durchbruch eines neuen Rechtsgedankens.

3) E XXVI 300.

4) Vergl. auch § 147 II desselben Gesetzes, wo in anderer Beziehung jurist. Personen für deliktsfähig erklärt werden.

Ursprung heraus zu behaupten, indem die Verletzung der allg. Diligenz[1]) wie beim Jugendlichen aus der Person ihrer gesetzlichen Vertretungsorgane, nicht ihrer thatsächlichen Betriebsorgane, also z. B. bei Aktiengesellschaften aus dem Verhalten des Vorstandes und Aufsichtsrats, nicht des wirklichen Betriebsleiters beurteilt wird[2]) [3]).

Es liegt hier für das fiskalische Recht die Sache ebenso wie bei anderen Fällen, wo der Besitzer den Betrieb nicht selbst leitet. Vergl. z. B. § 20 Z.St.G., welcher beide Fälle auf eine Stufe stellt. Und indem § 55 l. c. die prinzipale strafrechtliche Verantwortlichkeit im Gegensatz zur subsidiären Vertretungsverbindlichkeit dem nach § 20 bestellten Betriebsleiter ausdrücklich überbürdet, erkennt er an, dass ohne diese Verfügung an sich auch die prinzipale Verantwortlichkeit die jurist.Person treffen würde und dass dies ganz sicher für die subsidiäre Haftung gilt. Der Unterschied, dass bei physischen Personen es erst einer Übertragung bedarf, ergibt sich aus der Natur der Sache. Für diese Betriebsleiter wird nach § 58 gehaftet. Und es haftet auch nicht der gesetzliche Vertreter, sondern die vertretene jurist. Person.

Es haften die juristischen Personen aus dem Garantenverhältnis für die Personen, zu denen sie in diesem Verhältnisse stehen.

Die neueren fiskalischen Gesetze haben in der That auch einen ganz allgemeinen Ausdruck „Inhaber, Besitzer“ bei materieller Haftung, aber auch die Ausdrucksweise der älteren Gesetze bei formeller Haftung „Handel- und Gewerbetreibender“ begreift die juristischen Personen ein, denen das besondere Moment des industriellen etc. Betriebes beiwohnt. Auch der bayer. Waldbesitzer gehört sicher hierher[4]).

Und es ist viel zu eng, wenn immer nur auf den ausdrücklichen Fall des § 153 V.Z.G. abgehoben wird.

Inkonsequent aber ist es, wenn man, wie Leverkühn[5]), Engels[6]), Büren[7]) eine Haftung der jurist. Personen über § 153, 2 hinaus allgemein anerkennt, im übrigen dagegen Schuld für den Garanten erfordert[8]).

Die Konsequenz aber liegt in der von dieser Abhandlung vertretenen Ansicht. Die jurist. Person als solche begeht keine Delikte, aber sie wird dafür gestraft. Die Rechtsfolge, die sie trifft, ist nicht

---

[1]) Anders wäre es, wenn der persönliche Deliktsgesichtspunkt der konkreten Nichthinderung, des Mitwissens oder der Teilnahme in Frage stünde. Hier ein Verschulden des vielköpfigen „Vorstandes“ etwa, z. B. bei § 153, 2 V.Z.G. zu präsumieren, daran wird doch nicht gedacht.

[2]) Haftung der jurist. Person für ihre Vertreter als Korrelat des Vorteils der Vertretung.

[3]) Analog mag das Verhalten der gesetzlichen Vertreter beim Haftausschliessungsgrunde in Betracht kommen.

[4]) Ganz falsch Brater a. a. O. S. 532, dass, nachdem die Überfretung nicht mit Vorwissen der jurist. Person verübt sein könne, die Haftung die Personen, welche bei Fassung des Beschlusses (?) mitgewirkt haben, trifft.

[5]) Mit Merkel auf dem Standpunkt der Kollektivpersönlichkeit.

[6]) Ohne weitere Begründung für die Zulässigkeit.

[7]) Direkte Bestrafung jurist. Personen als solcher kraft positiven Gesetzes.

[8]) Haimann spricht von einer praes. iur. et de iure bei § 153 l. c.

ziviler Ersatz für die den Angehörigen obliegende Leistung, sondern wahre und eigentliche Strafe, ohne eigentliche Schuld [1]).

Damit widerlegt sich der Einwand, welcher aus der thatsächlich fast allg. anerkannten Haftung juristischer Personen als solcher bes. in § 153, 2 l. c. gegen die strafrechtliche Natur unseres Instituts, so von Borchert [2]) entnommen wird.

Wenn ferner entgegengehalten wird, die Strafe sei ein höchst persönliches Übel, man könne die jurist. Person nicht einsperren, der persönlichen Schuld entspreche die persönliche Strafe, so ist zu entgegnen, dass doch solche Rechtsgüter, welche der jurist. Person wirklich eignen, ihr auch zur Strafe entzogen werden können. Und das Vermögen wird eben durch Vermögensstrafen (abgesehen von der Aufhebung der Genossenschaft, Konzessionsentziehung u. dgl.) getroffen. So ist auf allen unseren Gebieten auch die Geldstrafe das Strafmittel, die Substituierbarkeit der Freiheitsstrafe entfällt allerdings, ist aber auch nicht begriffswesentlich.

Endlich entspricht die direkte Bestrafung der jurist. Person auch der Gerechtigkeit und kriminalpolitischen Zweckmässigkeit, welcher es geradezu zuwiderlaufen würde, „den eigentlich Schuldigen straffrei zu lassen, das Organ des fremden Willens aber mit der vollen und ausschliesslichen Verantwortlichkeit zu belegen [3])[4])".

Im modernen Leben spielt die jurist. Person durch die Gestaltung der volkswirtschaftlichen Verhältnisse, durch die Umwandlung des Einzelbetriebes zur Aktiengesellschaft u. dergl. eine derartige Rolle, dass ihre eigene Haftung in jeder Richtung indiziert erscheint, ganz besonders in unserem Spezialgebiet, und gerade aus diesem Zwecke fügt hier sich vom Standpunkte der Garantietheorie diese Haftung harmonisch dem Gesamtbild ein [5])[6]) und schliesst es, was das materielle Recht anlangt, ab, so dass nunmehr nur noch die prozessuale Seite zu betrachten ist.

---

1) Dass jurist. Personen zivilrechtlich für Delikte und ausserkontraktliche Handlungen ihrer Vertreter und Angestellten haften, war gemeinrechtlich kontrovers, ist aber vom B.G.B. (§ 31) in Anlehnung an art. 1384 code civ. und die französ. Rechtsprechung angenommen worden: und dass die Haftung auf die gesetzlichen Vertretungsorgane im Umkreis ihrer Vertretungsmacht beschränkt wurde, während der bayer. Entw. und das schweiz. Gesetz für die in ihrem Dienst stehenden Personen, ihre Angestellten und Arbeiter haften liess, und auch für die bei Gelegenheit ihrer Betriebsverrichtungen begangenen Delikte, hat ausweislich der Motive I S. 104, seinen Grund lediglich darin, weil man bei physischen Personen diese Haftung in Gegensatz zum französ. Recht auf den Fall der culpa (§ 830, 831) beschränkt hatte und die jurist. Personen nicht schlechter stellen wollte, wie die physischen. So erkennt gerade das B.G.B. die Deliktshaftung jurist. Personen, die Haftung ohne Schuld, deutlich an.

2) a. a O. S. 2.

3) Liszt, Lehrb. S. 114.

4) Soweit subsidiäre Haftung in Betracht kommt, wird der schuldige Bedienstete zunächst von der Strafe betroffen, erst in zweiter Linie die Gesellschaft.

5) Dasselbe wie für Korporationen muss auch für Stiftungen gelten, indem deren Vermögen als jurist. Person haftet, es also nicht dahinterstehender Persönlichkeiten bedarf (Stiftungswaldungen).

6) Auch im Völkerrecht ist die Haftung der jurist. Person in anerkannter Geltung, und immermehr wird auch sonst die Strafbarkeit jurist. Personen gebilligt. Es sei noch gestattet, die bei Kirchenheim, Gerichtssaal 1885 S. 421 sich findenden

IX. Kapitel.

Prozessuales.

§ 35.

Feststellung und Verhängung der Haftung im Strafverfahren im allgemeinen.

I. Da die Haftung für Strafe selbst eine poena publica ist, muss sie im Strafverfahren behandelt werden. Das preussische und das Reichsrecht enthalten keine ausdrückliche Vorschrift in diesem Sinne, erkennen dies aber stillschweigend und durch die Art, wie das Verfahren z. B. in den preussischen Ausführungsverordnungen geregelt ist, an. Die Praxis hat auch nie daran gezweifelt cfr. R.G. v. 23. V. 87 [1]): Vertretungsverbindlichkeit (für Strafe und Prozesskosten) ist Strafe und deshalb im Strafverfahren zu erledigen [2]).

Bemerkenswert ist es, dass die Anhänger der zivilist. Theorie die Zulässigkeit und Notwendigkeit des Strafverfahrens auch da nicht bestreiten, wo das Gesetz nicht ausdrücklich wie im bayer. Recht die Haftbarkeitserklärung in den Strafprozess verlegt, „obwohl die Annahme der Zuständigkeit der Zivilgerichte eine der wichtigsten Konsequenzen ihrer Theorie wäre“ [3]).

Auch in den wenigen anfänglichen Entscheidungen, in welchen sich das Reichsgericht noch auf die zivilist. Seite stellt, hat es doch, ohne ein Wort über seine Zuständigkeit zu verlieren, im Strafverfahren zur Sache erkannt. Da aber § 3 I E.G.St.P.O. verfügt, dass die St.P.O. nur auf Strafsachen Anwendung findet, hat das Reichsgericht dadurch schon damals indirekt das Richtige bekundet.

II. Nun könnte sich der Einwand erheben, unter dem Hinweis auf die „Zivilverantwortlichkeit“, die Behandlung im Strafverfahren beweise gar nichts, sondern es adhäriere nur der zivile Anspruch gegen den Haftbaren, der sich überdies auf unbestreitbar zivile Verpflichtungen des Schadensersatzes miterstrecke, im Strafverfahren, wegen des accessorischen Charakters der Haftung und deren äusserer und innerer Abhängigkeit vom Prinzipaldelikt.

Dabei ist aber gar nicht beachtet, dass auch unmittelbare und alleinige Haftung existiert, dass die materielle Garantie ein Delikt

---

Motive zum spanischen Strafgesetzentwurfe v. 1884 anzuführen, welche die dortselbst ausdrücklich statuierte Strafbarkeit der Kollektivpersönlichkeit begründen. Es wird nachgewiesen, dass alle Strafthaten zunächst in den Bereich des Individuallebens gehörten. Aber die Rechtsordnung sei nicht aufrecht zu erhalten, wenn die physischen Thäter allein gestraft würden; die Bankgesellschaft, welche Schwindelgeschäfte macht, der Vergnügungsverein, welcher den Mittelpunkt staatsfeindlicher Bestrebungen bildet, seien nicht getroffen und nicht behindert, wenn dieses oder jenes Mitglied bestraft wird. Das öffentliche Gewissen und die Gerechtigkeit forderten laut die Bestrafung des Vereins, unabhängig von der Bestrafung der individuell haftbaren Thäter. Der Verein müsse eventuell gleichsam die Todesstrafe erleiden, er müsse vernichtet, oder wenigstens, bis das Vertrauen wiederkehre, suspendiert werden. (Äquivalent der Einsperrung!)

1) R IX 331.

2) Vergl. auch E XXI 332.

3) Haimann S. 54.

ergibt, dass endlich die der öffentlichen Rechtsordnung gegenüber bestehende Haftung für Strafe etwas anderes ist als die dem Beschädigten gegenüber bestehende: die letztere, der Zivilanspruch des Verletzten auf Schadensersatz adhäriert allerdings[1]) und kann auch selbständig im Zivilprozess verfolgt werden, der Strafanspruch des Staates gegen den Garanten aber muss im Strafverfahren zur Erledigung kommen und kann und wird dieses Verfahren freilich mit dem gegen den Garanten bei subsidiärer Haftung zweckmässig und der Regel nach verbunden.

In den Fällen der unmittelbaren und alleinigen Haftung[2]) kommt nur der Garant als Prozesssubjekt in Betracht; hier zeigt sich der Charakter der Haftung als selbständige Strafe evident und hier ist der Strafprozess die einzig denkbare Form, nach dessen gewöhnlichen Regeln, d. h. ebenso wie sonst der Thäter, der Garant angeklagt und abgeurteilt wird. Der phys. Thäter kann höchstens als Zeuge verwendet werden, für die Haftung des bayer. art. 70 bildet er einen testis suspectus im Sinne des alten Strafprozessrechts und gegenwärtig des § 56 Z. 3. St.P.O.

Bei der unmittelbaren Haftung gar ist der phys. Thäter vielfach überhaupt nicht prozessfähig, Zeuge kann er natürlich sein, während der Garant mehr oder minder als Thäter erscheint.

III. Dagegen ergeben sich für die subsidiäre Haftung mehrfach materielle und folglich prozessuale Zusammenhänge zwischen Thäterhaftung und Garantenhaftung. Letztere setzt ihrer Natur nach als Haftung für von einem andern verwirkte Strafe Verurteilung des andern, des Thäters, voraus. Daher kann nie die Verurteilung des Thäters der des Garanten vorausgehen. Es besteht das Verhältnis der Präjudizialität des Thäterurteils zum Garantenurteil, da die Garantenstrafe durch die Thäterstrafe bedingt und in ihrem Umfang bestimmt ist.

Aber das gegen den Thäter ergangene Urteil wirkt nicht an sich Rechtskraft wider den Garanten, weil er eine eigene Prozessrolle hat. Es wird ein gegen ihn persönlich gehender Strafanspruch mit Relevanz eventuell auch seiner persönlichen Verhältnisse geltend gemacht; die Haftung ist nicht kraft Gesetzes eintretende Folge der Thäterverurteilung[3]), vielmehr muss auch gegen den Garanten persönlich verfahren und seine Haftung ausdrücklich ausgesprochen werden. Ob in demselben oder in einem eigenen Verfahren und Urteil, das ist eine weitere Frage.

Der Garant ist eine im Grunde selbständig gestellte Prozesspartei, während in anderen Beziehungen die innere Verbindung mit dem Prinzipaldelikt sich auch äusserlich geltend macht.

§ 36.

Die prozessuale Stellung des Haftbaren.

I. Bei Garantenhaftung und Thäterhaftung handelte es sich stets um zwei gesonderte Ansprüche, sohin um zwei Strafsachen.

Der Garant ist Angeklagter im Sinne dss Strafprozessrechts. Falsch ist, wenn Bennecke[4]) sagt, der anhängige Prozess äussere

1) Auch das nicht überall. S. § 38 d. Abh.
2) Ebenso der Garantenhaftung ohne Rücksicht auf die Thäterhaftung.
3) cfr. R.G.E. v. 30. V. 93, XXIV 198.
4) Lehrb. d. Strafprozessrechts S. 466 N. 16.

auf die Haftbaren Wirkungen, ohne dass sie in der Anklage genannt wären; er bezieht sich dabei auf R.G.E. VIII 362 und XII 212, obwohl gerade Entsch. Anhaltspunkte für das Gegenteil ergeben; er knüpft die Haftung unrichtig an die Thäterverurteilung an.

Allerdings steht vorzüglich die formale Haftung in engster Beziehung zu letzterer und es bedarf der Erörterung, ob es sich bei der Anschuldigung wegen Thäterschaft und Nichthinderung — denn auch bei formeller Haftung liegt diese vor — je um dieselbe That im Sinne des § 153 St.P.O., auf den sich Benneckes Bemerkung bezieht, und des § 263 handelt. Aber auf jeden Fall würde doch erst durch die Anklageerhebung gegen den Garanten das Prozessrechtsverhältnis mit ihm begründet sein, die Rechtshängigkeit ihm gegenüber eintreten.

Loewe[1]) stellt die Garanten in ihrem Anspruch auf Zuziehung zum Verfahren und ihren Verteidigungsbefugnissen dem Beschuldigten gleich.

Birkmeyer[2]) sagt nur, die subsidiarisch Verhafteten, welche er zwischen dem Privat- und Nebenkläger und dem Einziehungsinteressenten und andererseits den Beistandspersonen des § 149 aufführt, seien zur Hauptverhandlung zu laden.

Kries[3]) erkennt richtig, dass es sich bei der Haftung um einen gegen den Verhafteten gerichteten Anspruch handelt, der nur im Verfahren ihm gegenüber festgestellt werden kann. Der Verhaftete sei zweifellos insofern Hauptpartei. Aber da der Anspruch gegen ihn durch die That des Kontravenienten zur Entstehung gebracht werde, sei es allein (!), sei es in Verbindung mit dem eigenen Mangel an Diligenz, so solle die Entscheidung über jene zugleich für ihn massgebend sein. Er könne sich daher, auch wenn noch nicht als subs. haftbar in Anspruch genommen, an dem gegen den Kontravenienten gerichteten Verfahren beteiligen, um dessen Freisprechung herbeizuführen. Kries stellt ihn hierin als an dem Ausgang des gegen eine dritte Person gerichteten Verfahrens rechtlich interessiert, mit dem Einziehungsinteressenten auf eine Linie.

Dieses Interventionsrecht ist aus der Luft gegriffen. Der Garant hat freilich Einreden aus der That und ev. der Person des Dritten, weil seine Haftung, soweit sie formal bleibt, durch jene begründet und stets durch sie bedingt ist, so dass mit Wegfall dieses Fundaments auch die Haftung verschwindet. Aber diese Einreden hat er nur in seinem eigenen Prozess, im Verfahren gegen den Thäter hat er, so lange er nicht selbst mitangeklagt ist, gar nichts zu sagen.

Daher ist auch die von Kries für den Fall der gleichzeitigen Anhängigmachung des Anspruches gegen den Haftbaren gezogene Parallele mit der Nebenklage auf Busse („teils Haupt-, teils Nebenpartei") unzutreffend, der Haftbare ist immer Hauptpartei.

Nur in diesem Sinne darf es verstanden werden, wenn Loewe sagt, der Haftbare sei befugt, der Strafklage in allen ihren Teilen zu widersprechen und unabhängig von dem Verhalten des Beschuldigten selbst das Nichtvorhandensein eines Delikts darzuthun.

---

[1]) a. a. O. S. 449 Bem. 14, 1. Abschn. d. II. Buches.
[2]) Lehrb. des Strafprozessrechts S. 621.
[3]) a. a. O. S. 229.

Resultat: Der Garant ist prozessual Hauptpartei, wenn auch infolge der materiellrechtlichen Beziehungen zum Prinzipaldelikt er nicht nur Verteidigungsmittel aus seiner eigenen Stellung, sondern auch aus der des Thäters hat. Die Hauptthat ist gegen ihn selbstständig festzustellen, wenn diese Feststellung nicht dadurch gemeinsam erfolgt, dass er und der Thäter im selben Verfahren als Mitangeklagte behandelt werden.

II. Diese konnexe Behandlung vereinfacht die Sache und ist das Naturgemässe.

Das bayer. Forstgesetz (art. 69) schreibt daher die Vorladung des Haftenden neben dem Thäter und die Mitverurteilung als Regel vor, spricht aber weiter vom Haftbaren einfach als Angeklagten und Verurteilten, und ferner ist auch sonst trotz jener Regel ein gesondertes Verfahren gegen den Haftbaren, nicht nur in der Rechtsmittelinstanz, sondern auch infolge anderer Verhältnisse (Verjährung u. a.) möglich. Die preuss. Gesetze („verurteilt worden und werden"), sowie das Reichsrecht ergeben das gleiche Resultat einer an sich selbständigen Stellung des Garanten, wobei aber die konnexe Behandlung beider Strafsachen die Regel ist.

Für die Frage der Konnexität, wenn solche allgemein beantwortet werden soll, muss wegen des inneren Zusammenhangs zwischen That und Haftung und wegen der legislativen Grundlagen die Analogie der Teilnahme um so mehr massgebend sein, als die Prozessrolle des Haftbaren gesetzlich nicht geregelt ist und nur eine prozessuale, nicht materielle Angleichung, eine analoge, ausdehnende Anwendung gewisser prozessualer Vorschriften stattfindet, während in anderen Beziehungen wegen der materiellen Rechtslage jene Analogie abzulehnen ist.

In allen Fällen der Garantie bildet den unerlässlichen Gegenstand der Feststellung das Delikt des Dritten, sei es der bloss objektive Thatbestand oder auch die Strafbarkeit und Bestrafung desselben, und ferner das beide Personen verbindende Garantenverhältnis. Bei der formellen Garantie genügen diese Feststellungen zum Ausspruch der Haftung, es kommt thatbestandlich nur eine That, die des Dritten, in Betracht, aber zwei Personen, gegen die je ein eigener Strafanspruch geht, und zwar wird auch hier der Garant, im Gegensatz zum Thäter, wegen faktischer Nichthinderung gestraft. Bei der formellen Garantie mit möglicher Schuld tritt die Annäherung der Haftung an ein gewöhnliches Delikt stärker hervor, indem seitens des angeklagten Garanten selbst der Haftausschliessungsgrund aus seiner Person heraus geltend gemacht oder sogar ex officio festgestellt werden kann. Bei materieller Garantie ist die besondere Feststellung der Garantenschuld die weiter hinzutretende Voraussetzung bei Ausprägung eines eigenen Delikts.

Aus diesen beiden Bestandteilen, der Selbständigkeit und der Accessorität ergibt sich die prozessuale Stellung des Garanten.

Es folgt einerseits aus der Präjudizialität der Schuld und Verurteilung des Thäters für den Umfang der eventuellen Strafbarkeit des Garanten Konnexität, andererseits ist der Garant nicht Mit-

schuldiger im technischen Sinn, und obwohl die Haftung sich eng an die Prinzipalthat anschliesst, ist doch die Nichthinderung ein aliud factum und überdies Schuld meist nicht vorausgesetzt.

Doch darf dieses Moment der Selbständigkeit nicht derart übertrieben werden wie bei Haimann, welcher auf Grund seiner Auffassung von der selbständigen Deliktsnatur der Haftung meint, der Gerichtsstand des Vertretungsverbindlichen bestimme sich ganz selbstständig nach seiner Person und That, ohne Rücksicht auf den primär Schuldigen. Auch § 13 St.P.O. könne nicht Anwendung finden, weil der Haftbare nicht Teilnehmer etc. am Hauptdelikt sei, eine zusammenhängende Strafsache gemäss § 3 eod. also nicht vorliege.

Aber zufolge der inneren Verbindung von Haftung und That ist, wenn auch nicht Mitthäterschaft und Teilnahme da ist, doch ein Zusammenhang gegeben. Der Einwand, die Ausdrücke in § 3 St.P.O. seien im technischen Sinne gebraucht, wird paralysiert durch die Erwägung, dass die prozessuale Stellung des Haftbaren mangels besonderer Regelung irgend einem vorhandenen Typus angeglichen werden muss. Ich glaube daher, gestützt auf die vorgängigen Erörterungen, die extensive Interpretation des § 3 bez. der objektiven Konnexität unbedingt für zulässig erklären zu müssen. Bedeutet ja Konnexität nichts anderes, als dass zwei Strafsachen in solchem Zusammenhang mit einander stehen, dass das Recht die gemeinsame Verhandlung derselben wünscht und zu ermöglichen sucht nach richterlichem Ermessen.

So ergibt sich, dass die konnexe Behandlung, obwohl die aus der Natur der Sache gegebene Regel, niemals eine notwendige ist und dass an sich stets zwei gesonderte Strafklagen erhoben werden könnten.

III. Nun werden ja gewöhnlich, um damit die eng verbundene Frage des Gerichtsstandes zu berühren, die beiden Gerichtsstände sachlich und örtlich, zusammengehalten durch das Delikt des Dritten, von selbst zusammenfallen und damit im Sinne des § 236 St.P.O. verbundene Behandlung der an sich schon vor dasselbe Gericht gehörigen Sachen sich ergeben. Möglicherweise indes können auch die Gerichtsstände verschieden sein und da ist zunächst allerdings an sich Verfolgung des Garanten in seinem eigenen Gerichtsstand möglich; das folgt aus dem Bestehen eines selbständigen Strafanspruches. Aber es können und werden auf Grund des forum connexitatis beide Strafsachen zusammen vor demselben Gerichte behandelt werden; vergl. § 13 St.P.O. Dagegen kann nicht ein forum connexitatis dahin bestehen, dass gegen den Thäter im Gerichtsstand des Garanten vorgegangen wird, weil die erstere That das bestimmende ist und so wird praktisch bei Fehlen des Gerichtsstands des Thäters, z. B. weil er nicht ermittelt ist, häufig, doch durchaus nicht immer, auch der Gerichtsstand des Garanten entfallen.

Im Vorstehenden wurden Bestimmungen der St.P.O., bes. §§ 3 und 13 analog angewendet. Es muss aber in diesem Zusammenhang allgemein auf den Vorbehalt zu Gunsten der Landesgesetzgebung hinsichtlich der Feld- und Forstrügesachen im § 3 III E.G.St.P.O. hingewiesen werden. Dadurch erhielt das Partikularrecht in dreifacher Weise Lizenz zur Abweichung vom G.V.G. und St.P.O., nämlich a) alle Rügesachen der

Zuständigkeit der Amtsgerichte zuzuweisen, so geschehen im bayer. und preuss. Recht, b) die Mitwirkung der Schöffen auszuschliessen, so im bayer. F.G., nicht aber in den preuss. Gesetzen, c) ein besonderes Verfahren vorzuschreiben.

Hinsichtlich des Gerichtsstands gilt also die St.P.O., soweit vom Partikularrecht nicht in Gemässheit des § 3 III l. c. abweichendes verordnet ist. So erkennt das preuss. Recht im allg. die Anwendbarkeit der St.P.O. an. § 21 F.D.G. normiert allerdings die Ausschliesslichkeit des forum delicti commissi, aber damit ist nur das forum domicilii beseitigt. Für das bayer. Recht ist noch über Obiges hinaus die Verbindung der konnexen Sachen dem Ermessen des Gerichts entzogen, und die Mitverurteilung, soweit angängig, gesetzlich vorgeschrieben.

IV. Die Analogie des Komplizen entscheidet auch für die Frage des Strafantrags, wie ihn namentlich das F.F.P.G. kennt.

Es statuiert der § 63 St.G.B. den Grundsatz der Unteilbarkeit des Antrags in der Richtung „gegen sämtliche an der Handlung Beteiligte (Thäter und Teilnehmer) sowie gegen den Begünstiger". Als Beteiligter i. w. S. ist nun auch der Haftbare anzusehen, es ist unzweifelhaft der Wille des Gesetzgebers, dass der Strafantrag gegen den Thäter auch gegen den Garanten wirkt. Denn die Haftung ist eine gesetzliche Folge der Thäterverurteilung, insoferne auch der Garant, wenn der Strafanspruch gegen den Thäter durch den Antrag ausgelöst ist, herangezogen werden muss. Das ergibt sowohl der Wortlaut der Gesetze als die innere Begründung der Haftung.

V. Dagegen darf die Annäherung an die Komplizenstellung nicht soweit gehen, als handle es sich bei der Anklage wegen Thäterschaft und Nichthinderung um dieselbe That im Sinne des § 263 St.P.O. (Klageänderung). Denn es steht nicht dieselbe That, sondern aliud factum in Frage. Man kann zwar eine Person zuerst als Anstifter anklagen und dann als Gehilfe verurteilen und umgekehrt, nicht aber den Garanten auf Grund der gegen ihn als solchen gerichteten Klage hinterher als Thäter fassen und ebenso nicht den Thäter als Garanten für seine Mitthäter. Die Garantie ist eben begrifflich verschieden von Teilnahme[1]).

VI. Eine fernere wichtige Frage ist: Kann der Garant als Zeuge gegen den Thäter vernommen werden?

§ 56 Z. 3 St.P.O. bestimmt, dass unbeeidigt zu vernehmen sind Personen, welche hinsichtlich der den Gegenstand der Untersuchung bildenden That als Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler verdächtig oder bereits verurteilt sind.

Zeugen sind nun dritte Personen, die in einem Verfahren gegen andere aussagen, die Partei ist nicht zeugnisfähig. Daher kann niemand in demselben Verfahren gleichzeitig Beschuldigter und Zeuge sein, und sohin, wenn es sich um dieselbe That bei eigentlicher Kom-

1) Bei Möglichkeit der Haftausschliessung und bei materieller Garantie würde im Falle der Konnexität mit schwurgerichtlichen Sachen auch noch § 293 ff. St.P.O. zu vergleichen sein. (Besondere Schuldfrage.)

plizität handelt, ein Mitbeschuldigter nicht als Zeuge gegenüber einem anderen Mitbeschuldigten vernommen werden. Das folgt aus dem Begriff des Zeugen, nicht etwa per argumentum e contrario aus § 56, 3. Vernehmung und Beeidigung sind zwei verschiedene Dinge.

Das Reichsgericht aber verallgemeinert jenes mit der herrschenden Meinung dahin, die Zeugnisunfähigkeit gelte auch dann, wenn die Untersuchung mehrere selbständige Straffälle betreffe und der eine Mitbeschuldigte nur über einen Straffall Auskunft gibt, bei welchem er selbst einer Beteiligung nicht beschuldigt oder auch nur verdächtig ist[1]). Erforderlichenfalls lasse sich durch Trennung der verbundenen Strafsachen die Zeugschaft ermöglichen.

In diesem Auskunftsmittel zeigt sich schon die Unrichtigkeit jener Meinung. Es ist vielmehr auch der Mitangeklagte als zeugnisfähig anzusehen, wenn und insoweit die Konnexität der Strafsachen nicht auf Komplizität beruht[2]). Denn es ist alsdann eine fremde That, die blosse Verbindung ändert daran nichts. Ja, er ist m. E. sogar bezüglich der fremden That zu beeidigen.

An sich würde demzufolge der mitangeklagte Garant als Zeuge für oder gegen den der Thäterschaft Angeklagten zugelassen werden können. Doch scheint mir hier allerdings im Hinblick auf die erweiterte Auslegung, welche dem § 3 St.P.G. in Anwendung auf das Garantenverhältnis gegeben wurde, der Gesichtspunkt der Beteiligung für die prozessuale Stellung des Haftbaren zu influieren, zumal wenn man das Abhängigkeitsverhältnis der Haftbarkeit von der Thäterverurteilung bedenkt, welches dem Garanten dringend nahe legt, günstig für den Thäter auszusagen; daher dürfte der mitangeklagte Garant nicht zeugnisfähig gegen den Thäter sein.

Dagegen, solange er bloss verdächtig ist (dies wird gegenüber den objektiven Feststellungen bei formeller Haftung wenig praktisch sein), würde § 56, 3 mit dem Weigerungsrecht nach § 54 Platz greifen, während die zweite Alternative des § 56, 3, dass er bereits abgeurteilt worden, durch die Präjudizialität der Thäterverurteilung ausgeschlossen ist.

Wohl aber würde dieser § im Verhältnis des Thäters zum Garanten Mass geben.

VII. Dass der Garant als solcher und zugleich als Mitthäter unter Anklage stehen kann, ist bereits von früher bekannt und diene hier nur zur Hervorhebung des Unterschiedes beider Begriffe.

VIII. Endlich ist, entsprechend der selbständigen Stellung der Haftung, nachdem die Rechtskraft des Thäterurteils nicht gegen den Garanten wirkt, der letztere auch befugt, selbständig Rechtsmittel einzulegen wie andere Mitangeklagte auch und er kann dabei seine Anfechtung auf Einwände stützen, die aus der Person des Thäters und der That desselben entnommen sind.

Hier muss, entsprechend der Thatsache, dass die Strafbarkeit des Thäters Voraussetzung bez. Thatbestandsmerkmal der Haftung ist und

---

[1]) Vergl. Löwe, Bem. 3a zum 6. Abschn. des I. Buches (S. 277) bez. der Judikatur des R.G. und der Litteratur.

[2]) Vergl. Oetker in G.A. XXVI 118.

dass dessen Schuld und die das Mass seiner Strafbarkeit bestimmenden sonstigen Momente zugleich das Mass der Haftung bestimmen, im Umfange der erhobenen Beschwerden aufs Neue geprüft werden, ob die Verurteilung des Thäters zu Recht erfolgt ist, wenn auch schon eine rechtskräftige Feststellung diesem gegenüber vorliegt; fraglich ist nur die Anwendbarkeit des § 397 St.P.O., der verfügt: Erstreckt sich das Urteil (bei Revision zu Gunsten des Angeklagten), soweit es aufgehoben ist, noch auf andere Angeklagte, so ist zu erkennen, als ob sie gleichfalls die Revision eingelegt hätten.

Die E. des Reichsgerichts v. 7. VI. 83 [1]) sagt: Der Haftbare ist nicht im gesetzlichen Sinne Mitschuldiger des Thäters, seine Verantwortlichkeit und seine Diligenzpflicht bezieht sich auf den Brennereibetrieb im allg., nicht auf die konkreten Zuwiderhandlungen. Indessen bleibt doch der positivrechtliche Zusammenhang, dass die Schuld und Verurteilung des Thäters den Umfang der eventuellen Strafbarkeit des Haftbaren bedingt. Derselbe kann also so gut wie in erster Instanz alles geltend machen, was die Strafbarkeit der Hauptthäter und den hierdurch begrenzten Kreis seiner subsidiären Haftung zu mindern geeignet ist. „Hieraus ergibt sich mit der prozessualen Berechtigung der Beschwerde zugleich auch die Wirkung zu Gunsten des Thäters, dass das angefochtene Urteil auch bez. seiner aufzuheben war“ [2]).

Nun setzt § 397 an sich die Identität der That voraus; es kann daher die Aufhebung des Urteils nur solchen Angeklagten zu Statten kommen, welche als bei der That des Revidenten beteiligt verurteilt sind, es wird ein Zusammenhang im Sinne des § 3 (nicht blos des § 236) erfordert [3]).

Das Reichsgericht scheint also in der voraufgeführten Entsch. einen solchen Zusammenhang anzunehmen. Nachdem auch wir für die Haftung die analoge Anwendbarkeit dieses § 3 festgestellt haben, liegt eine analoge Anwendung des § 397 in der Konsequenz.

Gegen solche spricht allerdings die materielle Rechtslage, wonach eben Garantie und Komplizität sich ausschliessende Begriffe sind, das aliud factum, und dass die Haftung nur ein Accessorium der Thäterstrafe ist, so dass man sehr wohl die erstere beseitigen könnte, ohne den durch rechtskräftige Feststellung gegen den Thäter fixierten Strafanspruch zu tangieren.

Aber demgegenüber muss den Ausschlag geben, dass es sich hier nur um prozessuale Wirkungen bei thatsächlichem inneren Zusammenhang zwischen den beiden Strafansprüchen handelt, und daher muss zwar nicht auf Grund der Teilnahme, aber in analoger Ausdehnung, § 397 wohl auch bei dem Rechtsmittel des Garanten Platz greifen.

---

1) R V 412, 413.

2) Vergl. andererseits bayer. o. E. in Zeitschr. XIII 551: Infolge des Rechtsmittels einer Person, welche im Forststrafverfahren als zivilverantwortlich erklärt wurde, hat das Gericht die Verurteilung des Frevlers selbst, wenn dieser auch das Urteil seinerseits nicht angefochten hat, zu prüfen, und wenn es diese nicht für begründet findet, den Ausspruch der Zivilverantwortlichkeit zu beseitigen.

3) Löwe, Bem. 3 zu § 397, S. 828. R.G.E. v. 5. V. 82, E VI 257, R IV 431.

Nachdem die Strafbarkeit des Dritten das gemeinsame Fundament der beiden Verurteilungen ist, entfällt damit auch die sonst resultierende Inkongruenz der Urteile.

Umgekehrt wirkt die Rechtsmitteleinlegung des Thäters sicher auch für den Garanten, aber aus einem anderen Grunde. Die Thäterverurteilung ist ja eine essentiale der subsidiären Garantie und aus diesem Gesichtspunkt, nicht etwa aus einer Rechtskraftwirkung des Thäterurteils oder aus der prozessualen Fiktion des § 397 ist dieser Punkt zu würdigen. Es können natürlich beide Personen selbständig Rechtsmittel einlegen. Thut dies aber der Hauptangeklagte oder geschieht es gegen ihn, so treten die Wirkungen dieses Rechtsmittels von selbst ebenso wie für und gegen jenen auch gegenüber dem Garanten ein. Dieser haftet nur für die verwirkte und rechtskräftige Strafe und kann nunmehr, auch wenn er das erste Urteil gegen sich hat rechtskräftig werden lassen, aufs neue verurteilt werden. Die Rechtskraft des Garantenurteils kann sonach nie vor der des Thäterurteils praktische Folgen haben.

Ja, bei Freisprechung des Thäters in II. Instanz cessiert, wie schon in I. Instanz, die Haftung auch des rechtskräftig verurteilten Garanten von selbst[1]), und insoweit die Thäterstrafe in der Rechtsmittelinstanz gemindert wird, mindert sich ziffermässig von selbst auch der Umfang der Haftung, ohne eigenes Rechtsmittel des Garanten[2]). Eine Erhöhung der Strafe dagegen kann für den Haftenden nur wirken, wenn auch ihm gegenüber die höhere Strafe festgestellt ist.

Aus den vorgängigen Darlegungen ergibt sich endlich, dass der Haftbare nur dann Rechtsmittel einlegen kann, wenn auf die Haftung gegen ihn erkannt ist, nicht schon dann, wenn der Hauptangeklagte hierzu befugt wäre. Es liegt das Verhältnis eben nicht analog der zivilprozessualen Nebenintervention.

IX. Anschliessend an das vorige ist noch der Fall zu erwähnen, dass erst nach Rechtskraft des Thäterurteils der Anspruch gegen den Garanten erhoben wird.

Dies ist auch für das bayer. Recht zulässig. Vergl. o. E. Zeitschr. XIII 551. Das Urteil gegen den Thäter ist für den Ausspruch der Zivilverantwortlichkeit noch nicht massgebend, weil Niemandem auf Grund des gegen einen Dritten erlassenen Urteils eine eigene Haftung überbürdet werden kann, sondern dem Haftbaren gegenüber ist stets zu prüfen, ob jene Verurteilung mit Recht erfolgte. Wird über die Schuld des Frevlers und die Haftung im selben Urteil erkannt, so ist eine Divergenz in Bezug auf beide Personen nicht denkbar, wohl aber wenn über die Zivilverantwortlichkeit gesondert zu entscheiden ist. Trotz Rechtskraft des Thäterurteils musste zu letzterem Zwecke die Schuld des Thäters von neuem einer selbständigen Prüfung unterzogen werden[3]).

---

1) Vergl. richtig bayer. E. d. o. G.H. VI 487.

2) So O L G. München IV 205. Daselbst auch der Fall: „Wenn in höherer Instanz ein Teil der Frevler freigesprochen worden ist, beschränkt sich die Zivilverantwortlichkeit auch ohne ausdrücklichen Ausspruch des Gerichts auf den Betrag der auf die übrigen Frevler treffenden Geldstrafen und Kosten."

3) Ebenso o. E. Zeitschr. II 300 u. E. v. 30. XI. 58 Kassat.H. II 1 (Rechtskraft hindert nicht diese Prüfung).

X. Die Verteidigungsstellung des Garanten, um diese am Schlusse zu präcisieren, ist die folgende:

a) Er hat die Einwendungen aus dem objektiven Thatbestand des Deliktes des Dritten selbst, kraft eigenen Rechts; insbesondere kann er eine zivile Berechtigung zur Handlung seines Untergebenen vorschützen.

b) Er hat auch die Einwendungen aus der subjektiven Seite des Delikts, hinsichtlich der Schuld des Dritten.

Damit erschöpft sich seine Rolle bei formeller Haftung[1]).

Bei solcher mit Haftausschliessungsgrund und bei materieller mit präsumierter Schuld kann er

c) ferner aus seiner eigenen Person subjektiv seine Unschuld darthun, sei es, dass er streng einseitig selbst beweisen, oder mit etwas freierer Stellung „darthun" muss, oder dass Offizialfeststellung gegebenenfalls erfolgt, während bei gewöhnlicher materieller Garantie seine Schuld ihm als weitere Voraussetzung nachgewiesen werden muss.

Der Garant hat kein Interventionsrecht. Aber ein ähnliches Verhältnis wie bei der Nebenintervention ergibt sich dadurch, dass der Garant an der Freisprechung des Thäters nahe interessiert ist, dass er dessen Einwendungen gebrauchen und Rechtsmittel einlegen kann, allerdings nur für sich, dass ferner die Anfechtung seitens des Garanten auch für den Thäter unter Anwendung des § 397 St.P.O. wirkt. Der mitangeklagte Haftbare wird die die Entlastung des Thäters zugleich mit seiner eigenen bezweckende Erklärung mit Wirkung auch für diesen selbständig abgeben und ihn so gewissermassen vertreten können. Aber weiter geht die Analogie der streitgenössischen Nebenintervention auch nicht. Der abwesende Angeklagte wird nicht durch den Garanten vertreten.

Das Verhältnis zwischen Thäter und Garanten lässt sich also, fasse ich zusammen, nicht in eine hergebrachte Schablone zwingen, vielmehr nur das bestehende Recht in gewissen Beziehungen analog anwenden. Der Garant gilt im prozessualen Sinne als mitbeteiligt, wie das R.G.E. XXI 332 richtig sagt.

§ 37.

Besondere Verfahrensbestimmungen der Gesetze.

Obwohl unsere Gesetze die prozessuale Stellung des Garanten nicht accentuieren, liefert doch das daselbst normierte Verfahren manche interessante Besonderheiten zur Ergänzung des prozessualen Bildes wie zur Folie der materiellrechtlichen Ausführungen.

Es gelten die sonstigen Verfahrensvorschriften teils stillschweigend, teils ausdrücklich[2]) gegen den kriminellen Garanten mit.

---

[1]) Umgekehrt ist für den Thäter die Person des Garanten ganz ohne Belang.

[2]) Letzteres ist natürlich im bayer. Recht wegen der besonderen Stellung der „Zivilverantwortlichkeit" besonders indiziert, während das preuss. Recht in ersterer Weise verfährt.

I. Was die Anklage nach Forst- und Feldrecht anlangt, so wird dieselbe

a) für das preuss. Recht (§ 26 F.D.G.) durch Einreichung eines Verzeichnisses und bezüglichen Antrag seitens des Amtsanwalts erhoben gegen den Thäter wie gegen den Garanten. Bei unmittelbarer Haftung ist letzterer nach Ausf.Verf. d. Just.Min. v. 29. VII. 79 der alleinige Beschuldigte, und für die subs. Haftung ist ebenda bestimmt: „In Spalte 2 (jenes Verzeichnisses) ist erkennbar zu machen, wie viele Beschuldigte in einem Straffalle als Thäter, Mitthäter, Teilnehmer, Begünstiger, Hehler oder Haftbare beteiligt[1]) sind. In Spalte 3 sind einzutragen die Personalien der Beschuldigten, welche in dem durch das F.D.G. vorgesehenen Verfahren in irgend einer Richtung zur Verantwortung gezogen werden sollen, mag es sich um Strafe, Wertersatz oder Einziehung handeln und mag eine eigene That oder nur die Haftbarkeit für die That eines Dritten in Frage stehen." ..... „Wenn im Falle der einer Person unter 12 Jahren zur Last fallenden Thäterschaft jemand als unmittelbar haftend in Anspruch genommen und demgemäss in Spalte 3 eingetragen worden ist, so ist in Spalte 5 zu vermerken, wie der wegen mangelnder Strafmündigkeit nicht verfolgbare Thäter heisst."

b) Dieselben Grundsätze finden sich im bayer. Recht.

Zunächst ist das Hilfspersonal der Forstpolizei verpflichtet, sobald es von einem F.F. Kenntnis erlangt, sofort nach dem Vorhandensein zivilverantwortlicher Personen zu forschen, welche dann gleichfalls in ein Forstrügeverzeichnis einzutragen sind[2]). Dieses muss nach art. 120 I und II Z. 8 F.G. „eine Spalte zu besonderen Bemerkungen, z. B. zur Benennung der zivilverantwortlichen Personen" enthalten. Bei nachträglicher Ermittelung solcher ist gegen dieselben ebenso zu verfahren. art. 158II. Durch Einreichung dieses Verzeichnisses seitens des Forstamts an das Amtsgericht ist die Klage, meist also für beide gemeinschaftlich, erhoben. Diese Einreichung hat allmonatlich stattzufinden.

II. Hinsichtlich des weiteren Verfahrens sei eine kurze Übersicht für das bayerische Recht gebracht, nachdem für das preussische Recht im ganzen nichts besonderes gilt.

Hier teilen sich zunächst die Strafsachen an dem nunmehr erreichten Punkte, je nachdem sie durch Strafbefehl abgewandelt werden oder Sitzungsantrag gestellt wird.

α) Nach art. 143 kann durch schriftlichen Strafbefehl „die Strafe, der Wert- und Schadensersatz sowie die Haftung zivilverantwortlicher Personen festgestellt werden, wenn das Forstamt schriftlich hierauf anträgt". Der Strafbefehl muss nach art. 145 die zivilverantwortlich erklärte Person und die Beweismittel bezeichnen, auch die Eröffnung enthalten, dass er vollstreckbar werde, wenn der Beschuldigte bezw. die zivilverantwortlich erklärte Person nicht binnen einer Woche Einspruch

---

[1]) Aber materiell zur Teilnahme in Alternative gestellt!
[2]) Analog das Feldrügeverzeichnis.

erhebt. Und zwar geht je ein gesonderter Strafbefehl gegen den Thäter und den Haftbaren, welch letzterer hier ganz selbständig gestellt ist[1])[2]) und sein eigenes Einspruchsrecht hat. Wenn es im art. 148 bei Verwerfung des Einspruchs wegen contumacia heisst: „Bleibt der Angeklagte oder die zivilverantwortliche Person aus", so bedeutet dieses oder nicht die Einheit des Einspruchsrechts, sondern, wie auch im folgenden immer, dass für den Zivilverantwortlichen dasselbe gilt wie für den Thäter. Es geht das Verfahren gegen beide parallel.

β) Die Fälle, bei welchen Sitzungsantrag gestellt ist, werden in monatlichen Rügesitzungen, in einem besonderen Verzeichnis mit entsprechenden Rubriken zusammengefasst, erledigt.

Zur Hauptverhandlung sind „Angeklagter und zivilverantwortliche Person" vorzuladen. art. 69 Eingang mit art. 154. Die bezügliche Vorladung muss enthalten „den Hinweis darauf, dass gegen den Angeklagten und gegen die zivilverantwortliche Person auch dann, wenn weder sie noch Bevollmächtigte erscheinen, zur Hauptverhandlung geschritten würde". (Z. 5 des art. 154 in der Fassung des bayer. Ausf.Ges. zu B.G.B.) Bleibt der Angeklagte oder die zivilverantwortliche Person unvertreten bei der Hauptverhandlung aus, so wird der Ausgebliebene contumaciert. art. 169 I. Das Gericht ist befugt, das persönliche Erscheinen des Angeklagten, nicht aber das der zivilverantwortlichen Person anzuordnen und zu erzwingen. art. 169 II. Hier zeigt sich der formale Charakter der Haftung aus fremdem Delikt. Aus Rücksicht hierauf lässt umgekehrt art. 169 III das Verfahren gegen Abwesende im Sinne der §§ 318 bis 326 R.P.O. nur gegen den „Angeklagten", nicht gegen den blossen Garanten zu, da, wie die Motive sagen, eine derartig weitgehende Massregel wegen eines blossen Zivilanspruches in dem hier konstruierten summarischen Verfahren (in Wahrheit wegen des sekundären Charakters der formellen Haftung) nicht wohl gerechtfertigt werden könnte.

Nach durchgeführtem Verfahren erfolgt dann die ausdrückliche Verurteilung jedes der beiden Teile.

---

1) Ganghofer S. 328 spricht hier von einem Adhäsivprozess!

2) Sehr instruktiv auch in Rücksicht auf den formalen Charakter der Haftung sind hier die Formulare. Da heisst es: „X ist nach Anzeige des . . . vom . . . als zivilverantwortlich bezeichnet für einen Forstfrevel, dessen sich sein (ihr) bei ih. . . . wohnende . . nach der Anzeige dadurch schuldig machte, dass . . . und dadurch sich gegen die Vorschriften des Forstgesetzes art. . . . verfehlt hat. Als Beweismittel sind bezeichnet: . . . . . (Wegen der Verteidigung aus der Person des Thäters.) Nachdem der unterfertigte Amtsrichter durch Strafbefehl vom Heutigen gegen den Frevler unter gleichzeitiger Verurteilung in die Kosten a) einem Wertersatz von . . ., b) einem Schadensersatz von . . ., c) eine Geldstrafe von . . . festgesetzt und Zustellung an den Frevler verfügt hat, wird hiermit auf Grund der bereits angeführten Gesetzesstellen, ferner des art. 69 Ziff. . . die obige zivilverantwortliche Person für vorstehenden Wert- und Schadensersatz, dann die Geldstrafe, . . . sowie für die den Frevler treffenden Kosten als zivilverantwortlich haftbar erklärt." Besondere Formulare derselben Art existieren für das Zusammentreffen mit Teilnahme und mit der Strafe aus § 361, 9. Im letzteren Falle schliesst sich an die Bezeichnung als zivilverantwortlich (hier nur nach § 69 III für Ersatz) an, dass er „ferner beschuldigt ist" etc.

Vergl. hierher Entschl. des Justizmin. v. 5. VIII. 56[1]): „In allen Fällen, in welchen eine im Gesetz begründete Zivilverantwortlichkeit dritter Personen angezeigt ist, sind dieselben in Gemässheit des art. 69 vorladen zu lassen und wenn unter Beobachtung des letzten Absatzes dieses Artikels die Haftbarkeit im konkreten Falle als gegeben erscheint, ausdrücklich im Erkenntnis als zivilverantwortlich mitzuverurteilen, da ohne ein solches Urteil die Exekution der Strafe von einer, wenn auch unter die im art. 69 Z. 1—7 aufgeführten Kategorien gehörigen Personen nicht zulässig ist[2])[3])."

Bei Freisprechung tritt dagegen die Haftung von selbst ausser Wirksamkeit.

An die bei der Verhandlung ausgebliebenen Angeklagten oder zivilverantwortlichen Personen geschieht die Verkündung durch Zustellung einer beglaubigten Abschrift des Urteils. art. 162 I.

Endlich ist noch an dieser Stelle zu erwähnen hinsichtlich der Verteidigungsstellung des Garanten die besondere und charakteristische Bestimmung des art. 165: „Hat der Angeklagte oder eine zivilverantwortliche Person unter bestimmter Angabe des Rechtstitels oder der Besitzhandlungen eine Eigentums- oder andere Berechtigung vorgeschützt, vermöge welcher die That gar nicht oder in einer anderen Weise strafbar erscheint", so wird der Waldbesitzer davon in Kenntnis gesetzt und hat sich darüber zu erklären. Erkennt er die behauptete Berechtigung an, so ist der Angeklagte freizusprechen, daher stillschweigend auch der Zivilverantwortliche frei. Andernfalls steht dem Angeklagten und der als zivilver. vorgeladenen Person das Recht der (Zivil-)Klage auf Anerkennung zu, wodurch die kriminelle Aburteilung aufgeschoben wird.

Nach art. 170 kann der „Verurteilte" (contumax), sei es Thäter oder Zivilverantwortlicher, ev. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen.

So viel über das Verfahren I. Instanz.

γ) Von nun ab werden, wie auch schon in dem oben betrachteten Fall unter dem Wort „Verurteilter" die bisher gesonderte Rolle des „Angeklagten" und der „zivilver. Person" zusammengefasst.

Über das Rechtsmittelverfahren ist im vorigen § sub III bereits das Nötige gesagt und die Judikatur angeführt[4]). Hier ist nur der art. 172 zu erwähnen, wonach gegen ein Urteil des Amtsgerichts,

---

[1]) Zeitschr. III 326.

[2]) Vergl. auch Zeitschr. II 178, 300: Die Haftbarkeit muss ausdrücklich ausgesprochen werden und setzt ein solcher Ausspruch jedesmal die primäre Verurteilung des unmittelbar Verantwortlichen voraus. Es ist daher gesetzlich unzulässig, mit Überspringung des Letzeren sofort die zivilverantwortliche Person als die verurteilte in das Forstrügeverzeichnis einzusetzen.

[3]) Vergl. ferner Ganghofer S. 349: „Ist ein Mitschuldiger aus einem der in art. 69 aufgeführten Gründe zugleich als zivilver. für einen oder mehrere Miturheber zu erklären, so ist seine Verurteilung in die von ihm primär verwirkte Strafe von dem Ausspruch seiner Zivilverantwortlichkeit zu trennen und hierbei genau anzuführen, für welche der Mitbeteiligten seine Haftbarkeit ausgesprochen wurde."

[4]) Vergl. bes. Zeitschr. II 300, XIII 551, O.L.G. II 189, IV 205.

welches eine Strafe ausspricht, sowohl dem Forstmeister als dem Verurteilten (im obigen Sinne) die Berufung zusteht. Entsprechend § 338 St.P.O. kann in Forststrafsachen auch der Prozessbevollmächtigte für Thäter bezw. Haftbaren Rechtsmittel einlegen. Das Unterlassen der neuerlichen Feststellung der Prinzipalthat bei alleiniger Berufung des Haftbaren ist Revisionsgrund [1]).

„Ist der Thatbestand eines Frevels hergestellt, der Frevler selbst aber nicht entdeckt", so ist nach art. 186 nur eine Versteigerung der konfiszierten Gegenstände möglich, nicht aber eine Inanspruchnahme des Haftbaren.

δ) Bei der alleinigen Haftung des art. 70 gelten für den Garanten als einzigen Angeklagten die gewöhnlichen Verfahrensbestimmungen, und bei art. 122 P.St.G.B. ist bei Schweigen des Gesetzes dem im vorigen § Ausgeführten nichts hinzuzusetzen.

Demselben Verfahren unterliegen, um das noch anzufügen, die auf F.F. bezüglichen Zuwiderhandlungen nach § 361, 9, indem diese durch art. 50 F.G. zu den Forstrügesachen gezogen sind. Die Motive [2]) begründen das damit, der enge Zusammenhang zwischen den von Kindern verübten F.F. und den durch Nichtabhaltung vom Frevel seitens der Eltern begangenen Übertretungen liesse eine gleichzeitige Verhandlung und Aburteilung im hohen Grade wünschenswert erscheinen. Es ist das aber lediglich eine prozessuale Verbindung [3]), ohne dass „die Übertretungen des § 361, 9 die Eigenschaft selbständiger Reate dadurch verlören."

III. Dasselbe gilt für das preuss. F.D.G. nach § 36 desselben, wenn „mit einer Zuwiderhandlung gegen dieses Gesetz ein nach § 361, 9 St.G.B. strafbares Nichtabhalten von der Begehung von Forstdiebstählen im Zusammenhang steht," während für das F.F.P.G., das sich fast ganz den Verfahrensbestimmungen der St.P.O. unterwirft (§ 55), deshalb in dieser Richtung nichts Besonderes gilt.

Nachdem auch für das F.D.G. subsidiär die St.P.O. gilt und keine erheblichen Besonderheiten des strafgerichtlichen Verfahrens verfügt sind, bedarf das preussische Recht einer weiteren Ausführung in dieser Richtung nicht.

IV. Wohl aber ist einzugehen auf das Verfahren in Zoll- und Steuerstrafsachen.

Das besondere Verfahren des 3. Abschn. des 6. Buches der St.P.O. „bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle" kommt auch zur Anwendung, um die subsidiäre Haftung zur Feststellung zu bringen.

Eine interessante Modifikation ergibt sich aber dadurch, dass gegen den Strafbescheid der Verwaltungsbehörde zwei Wege gegeben sind, der Antrag auf gerichtliche Entscheidung und die Beschwerde an die höhere Verwaltungsbehörde; da sowohl der Thäter als der Garant selbstständig von einander zu beidem berechtigt sind, kann so eine Divergenz

1) Vergl. O.L.G.E. II 189, welche hierfür auch den § 260 St.P.O. anzieht.

2) Motive z. Ausführ.Ges. z. R.St.P.O. 1879 und Prot. d. 144. Sitzung d. K. d. A. S. 827.

3) Vergl. v. Bomhard R.St.P.O. S. 471—472.

zwischen beiden und eine vollständige Trennung des weiteren Verfahrens resultieren.

Für Preussen gelten, was das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden betrifft[1]), die Vorschriften des preuss. Gesetzes vom 23. I. 38 noch fort, welches in einer für die formale und accessorische Haftung charakteristischen Weise detaillierte Bestimmungen in seinen §§ 56 bis 59 gibt[2]).

Danach veranlasst die fiskalische Behörde die Zuziehung des Haftbaren zu der gegen den Kontravenienten eingeleiteten Untersuchung, und wird dann im Strafbescheide der Zollbehörde oder im gerichtlichen Erkenntnis zugleich über die subs. Verhaftung mit entschieden. Dem subs. Verhafteten steht gegen die Entscheidung der Zollbehörde die Berufung an die vorgesetzte Behörde oder an die Gerichte offen. Hat der Thäter gegen den Strafbescheid eine andere Art der Berufung als der Haftbare gewählt, so steht es dem letzteren frei, sich dieser nachträglich anzuschliessen. Thut er das nicht, so bleibt das Verfahren so lange ausgesetzt, bis über die Handlung des Kontravenienten entschieden ist. Ist die Zuziehung des Garanten unterblieben oder derselbe auf die Ladung der Zollbehörde bei der im Verwaltungswege rechtskräftig beendeten Untersuchung nicht erschienen, so erlässt die Zollbehörde, nachdem die Vollstreckung gegen den Thäter vergeblich versucht worden, einen Zahlungsbefehl, gegen welchen der Verhaftete binnen 10 Tagen die Berufung an die höhere Finanzbehörde oder an die Gerichte hat. Das Gericht darf hierbei nur auf die Beurteilung der Frage eingehen, ob der Fall der subsid. Verhaftung nach dem Gesetze (formale Garantie) gegeben ist, ebenso, wenn der Thäter sich bei dem verurteilenden Erkenntnis beruhigt, der Haftbare aber von den Rechtsmitteln Gebrauch macht.

Der letzte Passus ist durch die ausschliessende Geltung der St.P.O. für das gerichtliche Verfahren für dieses heute ausser Kraft. Daher muss, auch wenn die Verurteilung des Thäters rechtskräftig feststeht, das Gericht bei der Verhandlung gegen den Garanten von Neuem prüfen, ob überhaupt von jenem die That begangen worden ist[3]).

Im übrigen bemisst sich die Stellung des Haftbaren genau nach den im vorigen § von mir geschilderten Grundsätzen, es gilt für diese Reichsgesetze die R.St.P.O.

Zum Schlusse einige ergänzende Mitteilungen aus der Judikatur des Reichsgerichts:

---

[1]) § 6 II Nr. 3 E.G.St.P.O. Für das strafgerichtl. Verfahren gelten ausschliessl. die Vorschriften der St.P.O. vergl. R.G.E. v. 13. X. 1899 XXXII 304.

[2]) Vergl. v. Kries a. a. O. S. 229.

[3]) Kries sagt a. a. O. S. 752: „Das vorangegangene Verfahren besitzt hier ebensoviel und ebensowenig Bedeutung wie die Verurteilung des Thäters in dem neuen Strafverfahren gegen den Teilnehmer. Hieraus ergibt sich für den subs. Haftbaren die praktische Folgerung, dass, wenn er in Anspruch genommen wird, nachdem die Schuld des Kontravenienten selbst rechtskräftig festgestellt ist, er stets besser thut, auf die gerichtliche Entscheidung anzutragen, als die Beschwerde an die höhere Verwaltungsbehörde zu ergreifen. Denn für letztere steht die frühere Entscheidung rechtskräftig fest, für ersteres dagegen nicht".

E. v. 30. V. 93[1]) erklärt: Der Haftbare muss als Mitangeklagter behandelt werden und nicht kann § 265 St.P.O. zu Hilfe genommen werden; denn dieser hat nur die Ausdehnung auf eine andere That desselben Thäters im Auge. Den Grundsatz des rechtlichen Gehörs behandelt E. v. 9. VI. 91[2]): Die Haftbarkeit einer dritten Person kann in dem gegen den Thäter im gerichtlichen Strafverfahren ergangenen Urteil nicht ausgesprochen werden, ohne dass der Verhaftete zu diesem Verfahren zugezogen war. Dem von diesem Strafübel Betroffenen muss nach allg. strafprozessualischen Grundsätzen die Möglichkeit gewährt werden, in dem vorausgehenden Verfahren seine etwaigen Einreden vorzubringen, zumal wenn dem an sich Vertretungspflichtigen eine persönliche Haftausschliessungsmöglichkeit gegeben ist. Es sind ihm dieselben prozessualischen Rechte wie dem Angeklagten zuzugestehen. Das ihm im gerichtlichen Verfahren zu gewährende Gehör kann durch die ihm in dem vorbereitenden Verfahren der Verwaltungsbehörde gemachten Eröffnungen sowenig wie beim Thäter ersetzt werden.

Vergl. auch E XXV 137: Dass der Haftbare für die Straffolgen einer fremden That verantwortlich gemacht wird, schliesst, wie in anderen Fällen accessorische Beteiligung nicht aus, dass gegen ihn die Hauptthat selbständig festzustellen und er mit allen dieselbe betreffenden Einwendungen, ob sie nun aus der objektiven Beschaffenheit dieser Strafthat oder aus der Person des Thäters entnommen seien, zu hören ist, wozu ihm durch die Erörterung der That Gelegenheit gegeben werden muss. Die Verurteilung des subsidiär Verpflichteten, welche nicht zugleich mit der des Hauptthäters erfolgt, erfordert vollständige Feststellung der Defraudation.

Hinsichtlich des Rechtsmittelverfahrens schliesst sich die Judikatur gleichfalls vollkommen den im vorigen §§ gemachten Ausführungen an. Vergl. u. a. O.T.E. v. 11. III. 68, R.G.E. VIII 224, XII 212, XVI 109.

§ 38.

Adhäsion der Zivilansprüche.

I. Die Haftung Dritter tritt überall als Haftung für Strafe und andererseits für Werts- und Schadensersatz auf. Es handelt sich aber dabei um zwei grundverschiedene Ansprüche, den des Staates und den des Beschädigten, welche überwiegend hier kraft positiver gesetzlicher Bestimmung prozessual miteinander, und zwar der letztere mit dem ersteren, verbunden werden können, wegen des gemeinsamen Ursprungs aus demselben Delikt des Dritten, ebenso wie diese Verbindung gegen diesen selbst statt hat.

Die Feststellungen, die getroffen werden müssen, sind in beiden Richtungen so ziemlich die gleichen; das Strafverfahren aber ist summarischer, verursacht dem Beschädigten nicht Langwierigkeit und Kosten

---

[1]) E XXIV 198.
[2]) E XXII 41.

wie ein Zivilprozess, legt ihm auch nicht den schwierigen und genauen Beweis des letzteren auf, sondern lässt ihn umgekehrt sogar von den Feststellungen, die zur Begründung des staatlichen Strafanspruchs dienen, profitieren, ermöglicht ihm auch eine bloss approximative Schätzung der Höhe des Schadens nach den Wertbestimmungstabellen.

Es trifft zu die Analogie der „Busse" des R.St.G.B.

In einer Anzahl von Fällen wird dem durch die strafbare Handlung z. B. die Körperverletzung Verletzten das Recht gewährt, im Strafverfahren als Nebenkläger die im Strafurteil festzusetzende Zuerkennung einer Busse zu verlangen. Nun sind die Ansichten der Theorie über die rechtliche Natur der Busse gespalten: die Einen halten sie für eine Privatstrafe, die Anderen für eine Mischung von Strafe und Schadensersatz, die Dritten endlich für Schadensersatz. Und das letztere ist das allein richtige, wie sich aus dem Strafgesetzbuch selbst zur Evidenz nachweisen lässt. Es liegt einfach Adhäsion vor eines Zivilanspruchs an die Strafklage.

Genau so aber ist auch die Behandlung der zivilen Haftung im Strafverfahren zu konstruieren, sie entspricht dem der Nebenklage des § 443 St.P.O.[1]).

Der Beschädigte ist berechtigt, seinen Ersatzanspruch im Strafverfahren geltend zu machen und darüber hinaus findet nach preuss. F.D.G. und in gewisser Weise auch nach bayer. F.G. sogar ex officio Zuerkennung des Wertersatzes (weil nach diesem die Strafe bemessen ist) statt.

Über die Busse hinaus bleiben auch die weitergehenden Schadensersatzansprüche dem Zivilprozess vorbehalten. Und abgesehen von jener positiven Bestimmung des § 9 preuss. F.D.G. können auch die beiden Ansprüche ihre eigenen Wege gehen, soweit der Verletzte selbständig seinen Anspruch im Zivilprozesse geltend macht[2]).

Es ist lediglich eine prozessuale Verbindung der Zivil- mit der Strafklage, nicht sind, wie bei den zweiseitigen Strafklagen des römischen Rechts, beide Bestandteile materiell miteinander vereinigt.

So erklärt sich sehr einfach die Gleichstellung der Haftung für Strafe und Schadensersatz in den Gesetzen, entsprechend der gleichen primären Verbindung beim Thäter. Sowenig daraus ein Argument für den pönalen Charakter der Ersatzhaftung gezogen werden kann, in welcher Richtung u. a. namentlich die Möglichkeit getrennten Verfahrens von durchschlagender Beweiskraft ist, so wenig kann daraus der zivile Charakter der Haftung für Strafe gefolgert werden. Es liegt nicht Adhäsion der Haftung im ganzen an den Strafprozess gegen den Thäter vor — bei unmittelbarer und alleiniger Haftung gäbe es überhaupt nichts zum adhärieren — sondern entsprechend wie bei der Thäterhaftung adhäriert die zivile Garantenhaftung der kriminellen.

II. Treten wir nach diesen allgemeinen Erwägungen in die spezielle Betrachtung unserer Gesetze ein, so besagen die Motive zum bayerischen Forstgesetz[3]) über die in art. 62 für den Thäter sanktionierte Ver-

[1]) § 68 preuss. F.P.P.O. erklärt sogar diese Vorschriften, § 443—445 St.P.O., für direkt anwendbar.

[2]) Vergl. die Ausführungen in § 28 der Abhandlung.

[3]) V. d. K. d. A. 1851 B.B. I bes. S. 629.

bindung, es sei die Entscheidung des Entschädigungspunktes den Forststrafgerichten wegen des Zusammenhanges der Sachen im Wege des Adhäsionsprozesses aus dem Grunde zugewiesen worden, weil die Verpflichtung zur Entschädigung eine notwendige Folge der Verurteilung sei. Weiter kommt in Betracht, dass die Strafe nach dem Schadensersatz bemessen wird (art. 65) und letzterer wieder nach den besonderen Bestimmungen des Forstgesetzes bei dieser Verbindung.

art. 64 bestimmt: Der durch eine Forstpolizeiübertretung begründete Entschädigungsanspruch kann nur bei den Zivilgerichten, der durch einen Forstfrevel begründete Entschädigungsanspruch dagegen entweder bei dem Zivilgerichte oder bei dem Forstrügegerichte verfolgt werden (Abs. I). Erklärt sich der durch einen Forstfrevel Beschädigte für die zivilgerichtliche Verfolgung seines Anspruches nicht schon vor der Aburteilung des Frevels, so wird über die Entschädigung von dem Forstrügegerichte in dem Strafurteile erkannt, unbeschadet jedoch der durch art. 67 vorbehaltenen Zivilklage auf den etwaigen Mehrbetrag.

Der Beschädigte hat also zunächst die Wahl eines der beiden Wege, das Wahlrecht verfällt aber mit dem Moment, wo es zum Ausspruch über den staatlichen Strafanspruch kommt, vorbehaltlich der Zivilklage auf das Plus; es wird dann ex officio, ohne dass es der Mitwirkung der Partei bedarf, der Schadensersatz festgestellt und dem Beschädigten im Strafurteile zugesprochen. Das alles gilt nicht nur bezüglich der Ansprüche gegen den Thäter, sondern auch bezüglich der parallel gehenden gegen den Garanten.

Die notwendige Voraussetzung für die Zuständigkeit des Forststrafgerichts ist aber ein Befinden über den Strafanspruch, der zum Strafurteil führt[1]).

Der Entschädigungsanspruch gegen die zivilverantw. Person kann ebenso wie der gegen den Thäter auch selbständig von dem Zivilrichter verfolgt werden; das erkennt selbst die bayer. Praxis an und übertreibt es sogar noch in Verkennung der Präjudizialität der Thäterverurteilung.

Eine E. des o. G.H. vom 20. X. 73[2]) sagt nämlich, aus art. 69 könne nicht gefolgert werden, dass der Beschädigte seinen Entschädigungsanspruch gegen den Zivilverantwortlichen nur dann verfolgen könne, wenn der unter dessen Autorität stehende Forstfrevler bereits verurteilt worden ist, vielmehr sei in art. 63 das direkte Gegenteil gesagt und demnach sei klar, dass der Beschädigte 1. die Wahl

---

1) Vergl. richtig E. d. O.A.G. v. 17. III. 55 Zeitschr. II 90 u. 92, dass, wenn der eines Forstfrevels Beschuldigte wegen Verjährung freigesprochen ist, dem Forstrügegericht ein Ausspruch über den Entschädigungsanspruch nicht zusteht. Wenn daher ungeachtet einer solchen Freisprechung noch ein solcher bestehe (wegen der längeren Verjährungsfrist der Zivilklage), so könne derselbe nur im Zivilrechtswege verfolgt werden, ohne dass es darauf ankommen könne, ob sich der Beschädigte vor der Aburteilung für die zivilgerichtl. Verfolgung seines Anspruchs erklärt hat oder nicht. Ebenso E. d. o. G.H. VI 244: Bei Freisprechung des Hirten kann der Vieheigentümer nicht vom Forstrügegericht zum Ersatz des verursachten Schadens verurteilt werden.

2) S. d. E. d. o. G.H. in Gegst. d. Zivilr. u. Zivilpr. V 527.

habe, seine Entschädigungsansprüche vor dem Zivil- oder vor dem Forststrafgerichte geltend zu machen und 2. das Recht dies zu thun, vor oder nach der Aburteilung des Frevels.

Das ist unrichtig. Vielmehr kann der Beschädigte die Haftung aus art. 69 nur für die vom Thäter verwirkte Leistung, also erst nach dessen Aburteilung, klagend geltend machen.

Das Urteil fährt weiter: Die Bestimmung des art. 63 [1]), welche im Interesse der Vereinfachung und Gleichförmigkeit der Rechtsprechung eingeführt wurde, beziehe sich nur auf diejenigen Fälle, in welchen und soweit der Ersatz beim Forststrafgericht verfolgt werde, ausweislich der art. 64 und 67, wonach dem Beschädigten das Recht vorbehalten sei, falls er sich mit der ihm vom Forststrafgerichte nach Forstgesetz zuerkannten Ersatzgrösse nicht zufrieden geben zu können glaube, seinen Anspruch auf den Mehrbetrag im Zivilrechtswege zu verfolgen.

Damit ist zugleich art. 67, der auch für den Haftbaren gilt, erledigt. Der Zivilrichter ist hier, da auch art. 66 nur von strafgerichtlicher Bemessung spricht, nicht an die Wertbestimmungstabellen etc. des Forstgesetzes gebunden, sondern in der Würdigung des Ersatzes unabhängig.

Im Gegensatze zum F.-F. ist für den Ersatz bei F.P.Ü. ausschliesslich der Zivilrechtsweg eröffnet, weil, wie die Motive zu art. 40—65 erklären, die Frage über die Begründung sowohl wie über das Mass des Entschädigungsanspruches bei dieser Klasse sich im einfachen und summarischen Forstrügeverfahren nicht entsprechend bescheiden lässt.

Während so das Forstgesetz die Zuständigkeit genau normiert, schweigt art. 122 P.St.G.B. hierüber vollständig. Nun sind durch das Ausf.Ges. zu R.St.P.O. vom 18. VIII. 79 [2]) sämtliche Übertretungen des P.St.G.B. den Verfahrensvorschriften des Reichsgesetzes unterworfen worden und ist daher, nachdem dieses eine solche Zuständigkeit nicht kennt, der Strafrichter zur Normierung des Ersatzes bei Feldpolizeiübertretungen durchaus nicht befugt. Es enthält art. 122 P.St.G.B. die materiell rechtliche Bestimmung, dass gewisse Leute für Geldstrafe und Ersatz haften. Diese kann aber um so weniger eine prozessuale Zuständigkeit begründen, als die primäre Zuständigkeit gegenüber dem Thäter fehlt, dem gegenüber nur der Zivilrichter die Ersatzpflicht auf besondere Klage hin aussprechen kann, wozu dann noch kraft art. 122 die subsidiäre Haftung treten würde. So erklärt sich auch, warum Abs. III l. c. von dieser schweigt.

Demzufolge fehlt hier die Adhäsionsmöglichkeit.

III. a) Das preussische Recht trennt, wie bekannt, den Wert- und Schadensersatz. Der letztere kann nur im Wege des Zivilprozesses geltend gemacht werden und die etwaige Haftung des Garanten hierfür als Dienstherr u. s. w. begründet sich nicht etwa auf die Haftungsnorm unserer Gesetze, sondern auf das allg. oder spezielle Zivilrecht, z. B. auf §§ 56—78 I 6 A.L.R.

Der Wertersatz dagegen ist obligatorisch im Strafverfahren zu

[1]) Dass für den Ersatz d. h. dessen Berechnung die Bestimmungen des Forstgesetzes gelten.

[2]) G.V.Bl. S. 781.

erledigen (§ 9 I. F.D.G., § 68 F.F.P.G. s. § 28 der Abhandlung) und gilt für ihn im übrigen das sub II Gesagte.

b) Dagegen ergibt sich eine interessante Struktur, auf die hier einzugehen ist, hinsichtlich der Geltendmachung des sog. Ersatzgeldes, das nach F.F.P.G. bei Weidefreveln (§ 14) und gewissen sonstigen durch Übertritt von Tieren bewirkten Zuwiderhandlungen gegeben ist (§ 69). Der Anspruch auf dieses, dessen Höhe sich nach Art und Anzahl der Tiere berechnet, kann in allen Fällen (§ 74) unmittelbar gegen den Besitzer der Tiere als solchen geltend gemacht werden. Ist Vieh einer mehreren Besitzern gehörigen Herde übergetreten, so hat der Beschädigte die Wahl, an wen derselben er sich halten will § 74 II (Regress nach innen bemisst sich nach Zivilrecht).

Die Bestrafung wegen Thäterschaft aus § 14 und die Haftbarkeit aus § 5, wenn der Frevel durch einen Hirten begangen ist, hängt damit gar nicht zusammen. Ein Adhäsionsprozess steht hier nicht in Frage.

Hat ein Dienstbote den Übertritt verschuldet, so muss der Dienstherr als Besitzer der Viehstücke schlechterdings in dieser seiner Eigenschaft das Ersatzgeld auf Verlangen des Beschädigten zahlen und kann nur seinen Regress gegen den Dienstboten nehmen, an den sich der Verletzte selbst wahlweise halten konnte.

Schadensersatz und Ersatzgeld schliessen sich aus, indem letzteres den ersteren vertritt. Nach § 69 hat der Beschädigte die Wahl, die Erstattung des nachweisbaren Schadens oder die Zahlung eines Ersatzgeldes zu fordern (Abs. I). Der Anspruch auf dieses nach festen Sätzen bemessenen Ersatzgeld dagegen, das ist das Kriterium, ist unabhängig von dem Nachweis eines Schadens (Abs. II). Mit der Geltendmachung des Anspruches auf Ersatzgeld erlischt das Recht auf Schadenserstattung (Abs. III S. 1). Ist aber der Anspruch auf Schadenserstattung erhoben, so kann bis zur Verkündung des Endurteils I. Instanz statt der Schadenserstattung das Ersatzgeld gefordert werden (Abs. III S. 2). Es ist also der definitive Verlust des Wahlrechts auf diesen Zeitpunkt hinausgerückt.

Falls über den Wertersatz bei Entwendung und über die Haftung hierfür nach § 68 bereits im Strafverfahren erkannt ist, fällt der Anspruch auf Ersatzgeld weg. Das ergibt sich aus der Reihenfolge der §§. § 67 bestimmt allgemein für den Schadensersatz i. w. S. den gewöhnlichen Zivilrechtsweg. Die Ausnahme hiervon bringt § 68 für den Wertersatz, § 69 für das Ersatzgeld. Nachdem letzteres den weitergehenden Schadensersatz ausschliesst, muss es demzufolge bei Durchgreifen der ersten Ausnahme wegfallen.

Liegt dieser Fall aber nicht vor, so ist der Anspruch auf Ersatzgeld nach § 75 im Falle des vorhin gedachten § 69 III, d. h. wenn der Anspruch auf Schadensersatz in seiner Totalität im Wege des Zivilprozesses geltend gemacht, demnächst aber vor Verkündung des Urteils erster Instanz an Stelle dieses Anspruches das Ersatzgeld gefordert wird, im Zivilprozesse weiter zu verfolgen.

Dagegen ist der Anspruch in allen anderen Fällen, d. h. wenn er primär angeregt wird, in einem eigenartigen, in §§ 75 und 76 ge-

regelten Verwaltungsstreitverfahren geltend zu machen vor der Ortspolizeibehörde (Beschwerde zum Kreisausschuss), § 75 III.

Diese Zuweisung der Kompetenz an die Verwaltungsbehörde und gar an deren unterstes Glied ist sehr bezeichnend für den besonderen Polizeicharakter unserer Gesetze.

Werden gegenüber dem Anspruche auf Ersatzgeld bei der Ortspolizeibehörde Thatsachen glaubhaft gemacht, aus welchen ein den Anspruch ausschliessendes Recht hervorgeht, so ist dem Beschädigten zu überlassen, seinen Anspruch im Zivilprozesse zu verfolgen, § 75 II S. 2.

Auf diese Weise besteht auch hier eine Haftung, nämlich des Tierbesitzers als solchen.

Endlich ist in § 77 die deutsch-rechtliche Privatpfändung sanktioniert und hier wird für den Ersatz des von Hirten herbeigeführten Schadens jedenfalls insoferne gehaftet, als der Beschädigte sich direkt aus dem Erlöse des gepfändeten Viehes nach §§ 78, 85, 86 wegen seines Anspruches bezahlt machen kann.

IV. Im fiskalischen Recht haftet der Betriebsinhaber als der eigentlich Steuerpflichtige schlechterdings für die von seinen Untergebenen hinterzogenen Gefälle ohne die Möglichkeit eines Haftausschliessungsgrundes bez. ohne die Voraussetzung der Diligenzverletzung.

Nun gehören „die zur gerichtlichen Untersuchung und Entscheidung gediehenen Steuer- und Zollstrafsachen zu den den Vorschriften der St.P.O. unterstellten Strafsachen“ und „das durch die St.P.O. geregelte Verfahren hat sich — ausgenommen allein in den Fällen, in denen das Gesetz die Zuerkennung einer Busse an den Verletzten zulässt, — nur mit den strafrechtlichen Folgen der That zu befassen, es hat die Höhe des hinterzogenen Betrags, soweit er die Grundlage für die Strafbemessung bildet, festzustellen, die Verpflichtung zur Nachzahlung kann aber weder den Gegenstand des Verfahrens noch des Urteils bilden“. So R.G.E. v. 13. X. 1899 [1]).

Gegenüber dem Thäter besteht strafrichterliche Zuständigkeit also nicht, und so entfällt das diesbezügliche Forum für die subsidiarische Haftung hinsichtlich der Steuer. Diese tritt ja auch beim Durchgreifen eines Haftausschliessungsgrundes hinsichtlich der Strafe stets ein, (vergl. z. B. § 43 I letzter Satz T.St.G.) und ist auf gleichem administrativen Wege wie die primäre Nachzahlungspflicht zu realisieren [2]).

§ 39.

Haftung für die Kosten.

Neben der Haftung für Strafe und Ersatz steht in allen Gesetzen auch die für die Kosten.

Bei der unmittelbaren und der alleinigen Garantie ist diese Haftung eine selbstverständliche und direkte, bei der subsidiären Garantie aber

---

[1]) E XXXII 314. Ebenso O.L.G. München, E. v. 2. X. 85 III 521.

[2]) Es ist natürlich falsch, mit Wiesinger, V.Z.G. 282 die ganze subsidiäre Verhaftung einheitlich als Strafübel zu konstruieren und infolgedessen einheitlich dem Strafverfahren zuzuweisen.

bezieht sie sich zunächst auf die den Thäter treffenden Kosten. Diese hinwiederum sind die Kosten des Strafverfahrens, nicht auch teilweise des Adhäsivprozesses; denn für diesen kommen Kosten ebensowenig wie für die gewöhnliche Nebenklage in Betracht. Folglich ist die Haftung für die Kosten gleichfalls eine kriminelle, tritt mit der Haftung für Strafe in Verbindung als Gegensatz zur Haftung für den zivilen Ersatz. Wie die Kostentragung eine notwendige Folge der Verurteilung zur Strafe ist, so ist die Kostenhaftung eine notwendige Folge der Haftung für die Strafe [1]).

Nun ist der Haftbare aber ferner noch Mitangeklagter oder doch nachträglich Subjekt eines eigenen Verfahrens.

Die Pflicht, die durch das Verfahren gegen ihn selbst erwachsenen Kosten zu tragen, ist keine Haftung mehr, sondern eine Folge seiner selbständigen Prozessstellung.

Diese dürfte jedoch nur durchschlagen, soweit nicht gemeinsam gegen Beide prozediert wird. Das folgt aus dem besonderen Verhältnis der subs. Garantie, wonach in solchem Falle sämtliche Kosten primär den Thäter, subsidiär den Garanten treffen müssen, nicht die Gebühr nach § 61 Gerichtskostengesetzes von jedem der mehreren Angeklagten besonders nach Massgabe der gegen ihn erkannten Strafe zu erheben ist; denn es wird ja für dieselbe Strafe gehaftet.

Es würde auch § 498 II St.P.O. nicht anwendbar sein, indem hier wieder das sekundäre Verhältnis der Garantie zur Thäterschaft Mass gibt; also ist nicht Solidarhaft anzunehmen, sondern die Tragung sämtlicher Barauslagen primär dem Thäter, subsidiär dem Garanten aufzuerlegen. Im übrigen aber finden für das preuss. und das Reichsrecht die §§ 496 ff. St.P.O. unbestrittene Anwendung.

Bei Freisprechung des Hauptthäters (§ 499) abgesehen von den Fällen der unmittelbaren Haftung cessiert die Kostentragungspflicht für den Garanten, ebenso bei eigener Freisprechung und fallen dann die bezüglichen Kosten, im letztern Falle freilich zunächst bloss die gegen den Haftbaren entstandenen Kosten, während die gegen den Thäter erwachsenen von diesem zu tragen sind, der Staatskasse zur Last.

Eine Sonderstellung nimmt die bayer. Auffassung aus dem Grunde ein, weil sie die subs. Haftung nur als eine zivile Ersatzverbindlichkeit ansieht; nachdem art. 68 nur den Straffälligen in die Kosten, welche auf die Verfolgung und Aburteilung der Übertretung oder des Frevels erlaufen, zu verurteilen befiehlt, können demgemäss die Zivilverantwortlichen nicht in die Kosten desjenigen Verfahrens verurteilt werden, durch welches etwa hinterher die Zivilverantwortlichkeit besonders ausgesprochen wird, während sie selbstverständlich nach art. 69 haften für die Kosten, welche auf das Verfahren gegen den Frevler selbst erwachsen. So O.L.G.E. v. 29. XII. 85 [2]) und 11. V. 88 [3]), so auch die neueste E. v. 12. IV. 98 [4]).

Diese Anschauung bedarf vom Standpunkte der in dieser Ab-

1) cfr. O.T.E. v. 31. I. 62.
2) III 563 bes. 569.
3) V 82.
4) X 37.

handlung vertretenen Ansicht keiner besonderen Widerlegung. Auch für das bayer. Recht gilt das vorhin Gesagte.

Es ist aber noch ein weiteres zu erwägen. Das an zweiter Stelle angeführte Erkenntnis erklärt nämlich, ebensowenig sei die Verurteilung des Haftbaren in die Kosten des Strafvollzuges gerechtfertigt, da diese nach art. 68 nicht einmal dem Straffälligen und daher noch weniger dem nur auf Grund des art. 69 für zivilverantwortlich Erklärten auferlegt werden könnten.

Schon die eine Behauptung ist nämlich falsch und sicher der Thäter in die Kosten des Strafvollzugs zu verurteilen. art. 68 l. c. hat damit nichts zu thun. Entsprechend der Konstruktion der kriminellen Garantie hat aber auch der Haftbare die gegen ihn erwachsenen Vollzugskosten zu tragen.

Damit wird der letzte Punkt berührt, der Haftungsvollzug.

§ 40.

Die Vollstreckung der Haftung.

Die Vollstreckung eines Urteils, wie ein solches auch über den Haftbaren ergeht, ist eine administrative Thätigkeit, gehört nicht mehr zum Prozess, welcher durch die Rechtskraft des Urteils abgeschlossen ist. Die Stellung des kurzen § unter dieses Kapitel rechtfertigt sich aber dadurch, dass der an das Verfahren sich anschliessende Vollzug mit diesem in Gegensatz zum materiellen Recht tritt.

Die Vollstreckung des über die Haftungsstrafe ergangenen Strafurteils erfolgt naturgemäss nach den für andere Strafurteile geltenden Grundsätzen.

Die Haftung ist eine solche für Geldstrafe, sohin selbst eine und zwar der Regel nach nicht umwandelbare Geldstrafe. Daher erfolgt die Vollstreckung derselben gemäss § 495 St.P.O. nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Zivilgerichte, also nach der Zivilprozessordnung[1]), ingleichen ist auch die Vollstreckung hinsichtlich der im Strafverfahren erkannten Haftung für Wert- und Schadensersatz durch die Analogie der in jenem § genannten Busse gedeckt. Aber während die Haftung für Strafe auf Betreiben der Strafvollstreckungsbehörde erfolgt, geschieht die letztere nur auf Betreiben desjenigen, dem der Ersatzanspruch zuerkannt ist.

Der weitere und für die subs. Haftung so charakteristische Punkt der Abhängigkeit der Vollstreckung gegen den Haftbaren von dem erfolglosen Versuch der Zwangsbeitreibung gegen den Thäter, die durch die Substituierbarkeit einer eventuellen Freiheitsstrafe entstehende Reihenfolge in der Vollstreckung, wurde schon oben eingehend behandelt, weil dies zur jurist. Konstruktion der Haftung selbst nötig war. Wie die Strafbarkeit des Hauptthäters Voraussetzung der Strafbarkeit des subs. Haftbaren, so ist im Vollstreckungsverfahren parallel die Fest-

[1]) Auf die bekannte Streitfrage, wieweit die entsprechende Anwendung der Z.P.O. geht, ist sich hier nicht einzulassen.

stellung der Insolvenz des ersteren die Bedingung der Vollstreckbarkeit gegen den letzteren. Bestreitet dieser den Eintritt der Bedingung, so ist das eine nach § 490 St.P.O. zu bescheidende Einwendung gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung.

§ 41.

Schlusswort.

Die Darstellung des Haftungsinstituts hat bewiesen, dass es selbständige Bedeutung hat, nicht einfach durch Schuldpräsumtion erklärt werden kann und dass viele interessante und schwierige Rechtsfragen sich daran anschliessen. Damit steht freilich noch keineswegs auch die legislative Berechtigung der Haftung fest. Ein Produkt polizeilicher Präventionszwecke hat sie wesentlich im polizeilichen Strafrecht ihre Stätte. Im allgemeinen Strafrecht ist sie — mit einer gerade für die Neuzeit sehr wesentlichen Ausnahme der Haftung juristischer Personen — wohl nicht verwertbar, obwohl auch hier die Zweckstrafe, die stärkere Betonung objektiver Momente, gegenüber der modernen Humanitätsduselei etwas mehr beachtet werden müsste.

Eine andere Frage ist, ob das strenge Verschuldungsprinzip — abgesehen natürlich vom Zivilrecht, wo die objektive Schadensersatzhaftung Dritter dringend indiziert erscheint — auch auf das polizeiliche Strafrecht in vollem Umfange auszudehnen ist, ob die völlige Gleichstellung von Polizei- und Kriminalstrafe historisch fundiert und rechtspolitisch richtig erscheint, und nicht vielmehr die Polizeistrafe als eine von der eigentlichen kriminellen Reaktion spezifisch verschiedene verwaltungsrechtliche Massregel zu konstruieren wäre. Jedenfalls verdient die Thatsache, dass das Polizeistrafrecht in Konservierung deutscher Ideen seit Jahrhunderten mit der Haftung Dritter operiert hat, volle Beachtung. Genaue geschichtliche Durchforschung des deutschen partikulären Polizeistrafrechts wäre dringendes Bedürfnis und eine wesentliche Voraussetzung für abschliessende rechtspolitische Würdigung des in den drei behandelten Rechtsgebieten einheitlich sich darstellenden Instituts der Haftung Dritter.